Handeln auf fremde Gefahr.

Von

Unger

Dr. Joseph Unger.

Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. XXXIII. Bd. N. F. XXI.

Göppert

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1894.

Es ist ein auch auf dem Gebiete des Rechts geltendes Gebot der Ethik, daß Jeder auf eigene Gefahr zu handeln hat und die nachtheiligen Folgen, welche aus seinem Unternehmen entstehen, nicht auf schuldlose Dritte abwälzen darf. Es giebt jedoch Umstände, unter denen theils in Folge von Parteidisposition, theils aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit der Schaden, der aus einem bestimmten Handeln entspringt, nicht von dem Handelnden, sondern von einem Anderen zu tragen ist, obgleich derselbe frei von Schuld ist. Einige Fälle solchen Handelns auf fremde Gefahr sollen hier zur Darstellung gebracht werden.

I.

Handeln auf Gefahr eines Anderen findet zunächst und unzweifelhaft statt, wenn von demselben die Gefahr vertragsmäßig übernommen wird: wer die Gefahr auf sich nimmt, muß sie natürlich tragen. Der Promittent verspricht dem Promissar, für den Schaden aufzukommen, welcher aus einem bestimmten Handeln oder Unternehmen desselben entsteht (sog. Garantievertrag)[1]).

1) Vergl. die treffliche Abhandlung von Stammler im civil. Arch. LXIX Nr. 1.

Selbständige Garantieverträge kennt schon das römische Recht, doch mußten dieselben in Stipulationsform geschlossen werden (sog. promissio indemnitatis)[2]). So wurde das Versprechen der Schadloshaltung gegeben, um einen Delaten zum Antritt der Erbschaft zu bestimmen. Auch auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts kam die promissio indemnitatis mannigfach in Anwendung, um einen Tutor zu bestimmen, Mündelsachen nicht zu veräußern oder die Geschäftsführung, für welche er verantwortlich blieb, einem Anderen zu überlassen. In diesen Fällen fordert der Promittent den Promissar auf, auf seine Gefahr (suo periculo) etwas zu thun oder zu unterlassen: er übernimmt die Gefahr (periculum subit), indem er Schadloshaltung verspricht (indemnitatem promittit). L. 19 pr. D. ad. Sc. Vellej. (16. 1). L. 8 § 1 D. eod. L. 6 pr. C. ad Sc. Vellej. (4. 29). L. 2 C. si mater indemn. (5, 46)[3]).

Im modernen Recht kommen selbständige Garantieverträge häufig vor, um ein wirthschaftliches oder künstlerisches oder geselliges Unternehmen, an dessen Gelingen man ein thatsächliches Interesse hat, dadurch zu fördern, daß man das Risiko ganz oder theilweise auf sich nimmt. Es kann dies in mannigfacher Weise geschehen. Nicht selten wird von Privaten ein eigener sog. Garantiefonds gebildet. Die wichtigste

2) Vergl. Stammler S. 52 fg. Sokolowski Die Mandatsbürgschaft 1891 (vergl. über diese Schrift H. Krüger in der Münchner krit. Viertelj. XXXIV S. 534 fg.) S. 4 fg.

3) Sokolowski S. 6 fg. will in Widerspruch mit der herrschenden Meinung auch in der sog. fidejussio indemnitatis (L. 116 D. de V. O. 45. 1. L. 21 de solut. 46. 3. L. 42 pr. D. de R. C. 12. 1. L. 150 D. de V. S. 50. 16) einen selbständigen Garantievertrag erblicken; mit Unrecht (vergl. dagegen auch Stammler S. 37): durch fidejussio indemnitatis assekurirt man den Gläubiger, durch promissio indemnitatis assekurirt man den Schuldner.

Anwendung hat diese Vertragsart in neuerer Zeit dadurch erhalten, daß der Staat einer Aktiengesellschaft, insbesondere einer Eisenbahngesellschaft ein bestimmtes Reinerträgniß garantirt [4]). Im Interesse des mit der Garantie belasteten Staates wird in solchen Verträgen dem Staate gewöhnlich ein besonderes Recht der Ueberwachung des Geschäftsbetriebes vorbehalten. Die Erfahrung hat jedoch gelehrt, daß diese Maßregel nicht ausreicht, um den garantiepflichtigen Staat vor einer unerwarteten und übermäßigen Inanspruchnahme zu schützen, welche zumeist die Folge einer Mißwirthschaft der garantieberechtigten Eisenbahngesellschaften ist. Dieser Umstand hat in Oesterreich im Jahre 1877 zur Erlassung eines Gesetzes geführt, wodurch die Regierung berechtigt wird, den Betrieb garantirter Eisenbahnen, welche für die letzten fünf Jahre mehr als die Hälfte des garantirten Reinerträgnisses jährlich in Anspruch genommen haben, selbst zu führen; diese Berechtigung erlischt jedoch wieder, wenn die Unternehmung durch drei auf einander folgende Jahre nicht die Hälfte des garantirten Reinerträgnisses jährlich in Anspruch genommen hat (§ 4 Ges. v. 14. Dez. 1877 R.G.Bl. Nr. 112) [5]). Durch die fortschreitende Verstaatlichung der Eisenbahnen haben jedoch diese staatlichen Garantieverträge in Deutschland und Oesterreich ihre praktische Bedeutung fast gänzlich verloren.

---

4) Vergl. insbes. Stammler S. 84 fg.

5) Ich habe als Mitglied der damaligen Regierung diese Gesetzbestimmung in einer längeren Rede im Abgeordnetenhause zu begründen und zu rechtfertigen unternommen (VIII. Session 264. Sitzung am 15. Juni 1877. Stenogr. Protok. S. 8897 fg.). In dieser Rede (S. 8899) habe ich mich auch dafür ausgesprochen, daß das Garantieverhältniß des Staates nicht öffentlichrechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur ist (vergl. dazu Stammler S. 95. 96). Dieses sog. Sequestrationsgesetz steht gegenwärtig nur noch bei zwei Eisenbahngesellschaften in Anwendung, während es in anderen Fällen in Folge der Einlösung der sequestrirten Bahnen durch den Staat seine Anwendbarkeit verloren hat.

Ein unselbständiges und eventuelles Garantieversprechen enthält der sog. Kreditauftrag (mandatum qualificatum). Es giebt Jemand den Auftrag, einem bestimmtem Dritten [6]) auf eigenen Namen und auf eigne Rechnung, aber auf seine (des Mandanten) Gefahr Kredit zu gewähren oder zu verlängern: periculo meo crede, des ei nummos fide et periculo meo, periculo meo pecunia erit (L. 12 §§ 13. 14 D. mand. 17. 1. L. 24 D. de fidej. 46. 1). Wird der Auftrag ausgeführt, so entsteht in Folge des mit dem Auftrag verbundenen Garantieversprechens ein der Bürgschaft ähnliches Verhältniß (sog. Mandatsbürgschaft): der Mandant haftet nunmehr wie ein Bürge. Unabhängig davon macht sich aber in manchen Beziehungen der mandatliche Grundcharakter des Verhältnisses geltend. Der Mandatar ist verpflichtet, den Kredit zu gewähren, und wird dem Mandanten verantwortlich wegen der schuldhaften Nichterfüllung des Auftrags [7]). Der Kreditauftrag kann widerrufen und gekündigt werden, solange der Kredit nicht gewährt oder rechtsverbindlich versprochen wurde (pactum de mutuo dando). Der Mandant haftet, auch wenn das auftragsgemäß gegebene Darlehen aus objektiven oder subjektiven Gründen nicht rechtsgültig zu Stande kommt. Der

6) Der Auftrag, irgend einem Dritten zu kreditiren, ist wegen seiner Unbestimmtheit ebenso wirkungslos wie der Auftrag, irgend ein Grundstück für den Mandanten zu kaufen. L. 48 § 2 D. mand. (17. 1).

7) L. 6 § 4. L. 62 § 1 D mand. (17. 1). Sokolowski hat zwar (im ersten Abschnitt seiner Note 2 angeführten Schrift) darzuthun versucht, daß aus dem Kreditauftrag eine actio mandati directa auf Ausführung des Auftrags nicht entstehe: dieser Nachweis ist jedoch nicht gelungen. Vergl. Krüger S. 534 fg. und auch Stammler S. 70 fg. 118. Es ist eine Interpretationsfrage (quaestio facti), ob jemand einem Anderen aufträgt, auf seine Gefahr zu kreditiren, oder ihm räth (empfiehlt), Kredit zu gewähren, und hiermit ein Garantieversprechen verbindet (bene credis L. 12 § 13 D. mand.): in letzterem Fall besteht natürlich eine Verpflichtung des Garantieempfängers zur Kreditgewährung nicht.

Mandatar hat in Ansehung der Eintreibung der Schuld des Kreditempfängers eine Diligenzpflicht, welche nach einer vielverbreiteten Ansicht gemeinrechtlich dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen nicht obliegt [8]). Endlich ist das Verhältniß, in welchem die beiden Obligationen des Hauptschuldners und des Stipulationsbürgen, resp. des Mandatsbürgen zu einander stehen, in seinem rechtlichen Wesen und daher auch in seinen praktischen Konsequenzen ein verschiedenes. Aus diesen Gründen nimmt die herrschende Meinung [9]) mit Recht an, daß weder im neuesten römischen Recht noch im heutigen Recht der Kreditauftrag in der Bürgschaft aufgegangen ist [10]): aus dem Kredit-

8) Im Widerspruch mit der herrschenden Ansicht (vergl. Arndts Pandekt. § 357 Anm. 2. Windscheid Pandekt. II § 478 a. E. Dernburg Pandekt. II § 82 Nr. 3. Sokolowski S. 125 fg.) hat der Deutsche Entwurf sowohl in erster als in zweiter Lesung (vergl. I § 679 II § 715) eine Diligenzpflicht des Bürgen nicht statuirt (vergl. Motive II S. 678 und den Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 912. 913): dies wird zwar von Rothenberg im civ. Arch. LXXVII S. 345 fg. und von Krüger S. 541 fg. gebilligt, jedoch m. E. mit Unrecht. — Nebenher sei es bemerkt, daß die Motive II S. 678 Note 4 S. 679 Note 1 in diesem wie in so manchem anderen Punkte das österr. Recht unrichtig darstellen, indem sie unter Berufung auf § 1360 behaupten, daß dasselbe eine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht statuire: die Motive übersehen eben § 1364, dessen zweiter Satz, wenngleich zunächst nur für einen bestimmten Fall und in wenig gelungener Fassung, den Gläubiger wegen culpa in exigendo „verantwortlich“ erklärt (vergl. Protokolle herausgeg. von Ofner II S. 221 fg. 578. 579). Diese Vorschrift des § 1364 wird jedoch in Theorie und Praxis vielfach mißverstanden, worauf ich hier nicht näher eingehen kann.

9) Thöl Handelsr. § 302. Brinz Pandekt. II § 257. Wächter Pandekt. II S. 453 fg. Dernburg Pandekt. II § 77. Vergl. auch Bruns in Holtzendorff's Encykl. 5. Aufl. S. 520. 521.

10) Dies ist bekanntlich mit großer Zähigkeit von Arndts Pandekt. § 353 Anm. 2 behauptet worden. Der Vertheidigung dieser Ansicht ist der zweite Abschnitt der Schrift von Sokolowski (S. 77 fg) gewidmet; vergl. jedoch dagegen Rothenberg im civ. Arch. LXXVII S. 342 fg. und Krüger S. 538 fg.

auftrag kann sich durch dessen Ausführung ein bürgschaftsähnliches Verhältniß entwickeln, aber an sich ist der Kreditauftrag nicht eine Verbürgung, sondern ein eigenthümlich beschaffenes Mandat (mandatum qualificatum).

In Widerspruch mit den übrigen modernen Gesetzgebungen, welche, dafern sie überhaupt das Kreditmandat behandeln, an der Selbständigkeit desselben festhalten [11]), hatte der Deutsche Entwurf in erster Lesung (§ 680) den Kreditauftrag geradezu als Bürgschaftsvertrag aufgefaßt und behandelt: „Hat Jemand den ihm von einem Anderen ertheilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältniß, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurtheilen" (vgl. dazu Motive II S. 682 fg.)[12]). An dieser Bestimmung hat Rothenberg im civ. Arch. LXXVII Nr. 12 (S. 321 fg.) treffende Kritik geübt. Bei der zweiten Berathung des Entwurfs, in welcher derselbe überhaupt eine wesentliche (wenngleich nicht ausreichende) Verbesserung in Form und Inhalt erfahren hat, ist die richtige Erkenntniß zum Durchbruch gelangt. Die Vorschrift über den Kreditauftrag lautet nunmehr: „Wer einen Anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rech-

---

11) A. L. R. I. 14 §§ 213. 214 (vergl. dazu Dernburg preuß. Privatr. II § 248). Sächsisches Gesetzb. §§ 1476—1479. Schweiz. Obl. R. Art. 418—421 (vergl. dazu Haberstich Handb. des schweiz. Obl. R. II[1] S. 239 fg.). Baier. Entw. Art. 896—901. Dresd. Entw. Art. 951—953.

12) Die Motive ziehen aus dem Umstand, daß es im einzelnen Fall fraglich sein kann, ob ein Kreditauftrag oder nur eine Kreditempfehlung mit Garantieversprechen vorhanden ist (vergl. Note 7), die verkehrte Folgerung, daß der Kreditauftrag nicht als Auftrag anzusehen und zu behandeln sei.

nung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge" (§ 717)[13]). Diese Vorschrift ist korrekt und ausreichend. Es bedarf insbesondere auch nicht der von Rothenberg (S. 340 fg.) beantragten, in manchen Gesetzgebungen allerdings enthaltenen Ergänzung[14]), daß dem Mandatar seine Rechte aus dem Auftrag gegen den Mandanten vorbehalten bleiben, wenn durch die Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten nicht entsteht: dieses Resultat ergiebt sich schon mittelst richtiger Interpretation aus der Fassung des § 717.

II.

Die actio ad exhibendum[15]) beruht auf Billigkeit: aequitas exhibitionis (L. 3 § 14. § 7 D. ad exhib. 10. 4). Wenn es aber der Billigkeit entspricht, daß derjenige, welcher wegen Geltendmachung eines Anspruchs auf eine Sache ein rechtliches Interesse an deren Besichtigung hat, den Inhaber derselben auf deren Vorzeigung oder Vorlegung belangen kann

13) Der knappe Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 913. 914 lautet: „Die Vorschrift des § 680 über den Kreditauftrag, der zufolge das aus dem Auftrag entstehende Rechtsverhältniß nach den Bestimmungen über die Bürgschaft zu beurtheilen sein soll, wurde dahin geändert, daß die Bürgschaftsgrundsätze erst dann Anwendung finden sollen, wenn der Beauftragte dem Auftrage gemäß Kredit gewährt hat. Vor diesem Zeitpunkt erschien es zutreffender, auf das Verhältniß die Vorschriften über den Auftrag (in Bezug auf Kündigung, Widerruf ꝛc.) Anwendung finden zu lassen."

14) Sächsisches Gesetzb. § 1477. Schweiz. Obl. R. Art. 419. Dresd. Entw. Art. 951 Satz 2.

15) Eine Rekonstruktion der Formel dieser Klage giebt Lenel Edict. perpet. § 90. Daß die actio ad exhibendum nicht, wie man früher vielfach angenommen und jetzt auch wieder Schulin Lehrb. der Geschichte des R. R. (1889) S. 523. 524 annimmt, eine prätorische, sondern eine civile ist, hat Demelius Die Exhibitionspflicht S. 19 fg. nachgewiesen. Vergl. auch Bekker Die Aktionen I S. 224 fg.

(L. 19 D. h. t.), so verlangt anderseits die Billigkeit, daß die Exhibition nicht auf Gefahr und Kosten des Exhibitionspflichtigen, sondern auf Gefahr und Kosten des Imploranten erfolge (L. 11 § 1 D. h. t. L. 12 § 1 D. depos. (16. 3)[16]).

Die Behandlung der actio ad exhibendum, über welche in Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Rechts so große Meinungsverschiedenheit und Unsicherheit herrscht[17]), bildet ein schwieriges Problem für die moderne Gesetzgebung.

Zunächst erhebt sich schon die Vorfrage, ob die Materie der Exhibition überhaupt in ein privatrechtliches Gesetzbuch gehöre oder nicht vielmehr in die Civilprozeßordnung zu verweisen sei. In der That läßt sich nicht verkennen, daß man es hier „mit dem Zwitterwesen eines theilweise privatrechtlichen, theilweise prozessualen Rechtsinstituts" (Hartmann in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 355) zu thun hat. Auch Demelius (S. 262. 263) erkennt es an, daß „in unserem Prozesse durch Antrag auf gerichtlichen Augenschein ein gutes Mittel gegeben ist, Vorweisung einer bei dem Prozeßgegner befindlichen beweglichen Sache zu erwirken" und daß der Kläger auf diesem Wege sogar leichter zum Ziele gelangt, als mit der actio ad exhibendum. Fischer (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Entwurfs Heft 6 S. 39. 40) schlägt denn auch vor, diese Materie der Civilprozeßordnung zu überweisen und da es „in derselben an einer Bestimmung über die Voraussetzungen fehle, unter welchen der Prozeßgegner oder ein Dritter die Augenscheinseinnahme dulden müsse", eine solche Vorschrift zu § 336 CPO. zu geben und § 774 des Deutschen Ent-

16) Vergl. Donellus Comment. (ed. Bucher) XIII p. 93. 94. Demelius Exhibitionspflicht S. 60. 203 fg. Vergl. auch Einert De actione ad exhib. (1816) p. 43. 44.

17) Vergl. Demelius S. 2 fg. 260 fg.

wurfs I „dadurch überflüssig zu machen, daß in dem Abschnitte über Sicherung des Beweises (§§ 447 fg. CPO.) die Bemerkung aufgenommen würde, daß dieses Verfahren auch dann zulässig ist, wenn der Gesuchsteller sich erst über sein angebliches Recht zu unterrichten wünscht."

Dennoch wird man sich, wie ich glaube, mit Demelius und Marcusen[18]) gegen die Verweisung der Bestimmungen über Exhibition in die Civilprozeßordnung und für deren Aufnahme in das privatrechtliche Gesetzbuch entscheiden müssen, da es sich in der That doch auch hier um materiellrechtliche civilistische Ansprüche handelt. Von diesem Gesichtspunkte aus wird es zu billigen sein, daß der Deutsche Entwurf sowohl in erster (§§ 774—777) wie in zweiter Lesung (§§ 695—697)[19]) über die Exhibitionspflicht Bestimmungen getroffen und dieselben ins Obligationenrecht gestellt hat, da der Anspruch auf Vorweisung ein persönlicher ist (L. 3 § 3 D. h. t. Est autem personalis haec actio)[20]). Dagegen hat in Beziehung auf die systematische Anordnung und die Titelüberschrift Bekker (System II S. 131) mit Recht bemerkt, daß dieselbe „irrationell" sei, weil „Vorlegung und Offenbarung" nicht die das Schuldverhältniß erzeugenden Vorgänge sind[21]).

---

18) Vergl. Zusammenstellung VI S. 529.

19) Ueber die Unrichtigkeit des § 695 in sprachlicher Beziehung vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr. 2. Aufl. S. 14 Note 18.

20) Donellus (Comm. XIII L. XX cap. 9 §§ 2 sq. p. 63 sq.) hat bekanntlich der actio ad exhibendum dinglichen Charakter beilegen wollen (vergl. dagegen Glück XI S. 189 fg.) und Brinz Pandekt. II² S. 687. 688 ist geneigt, ihm hierin beizutreten.

21) Diese Bemerkung trifft auch den Deutschen Entw. in zweiter Lesung („Vorlegung von Sachen, Rechnungslegung, Auskunftsertheilung"); ebenso das Sächsische Gesetzb. §§ 1565—1567 („Von den Forderungen auf Vorlegung einer Sache") und den Baier. Entwurf (Art. 970 fg.). Korrekter ist insofern der Dresdener Entw. (Art. 1041—1045), als die

Besteht nun aber im heutigen Recht überhaupt noch ein Bedürfniß zur Beibehaltung und Gewährung der actio ad exhibendum?

Die actio ad exhibendum hat im römischen Recht bekanntlich verschiedene und verschiedenartige Funktionen zu erfüllen. Es ist daher zu untersuchen, ob und in welchen Fällen die praktischen Zwecke, welchen diese Klage dient, auch noch im modernen Rechte zu ihrer Erreichung derselben bedürfen.

Die actio ad exhibendum dient im römischen Recht zunächst dazu, die Zulassung zur Wegnahme auf einem fremden Grundstück befindlicher Sachen zu erwirken, deren Abfuhr der Grundeigenthümer kraft seines jus prohibendi nicht gestatten will (L. 5 § 5. L. 9 § 1. L. 15 D. h. t. L. 25 D. de A. E. V. (19. 1) L. 16 pr. D. de praescr. verb. (19. 5)[22]. Im heutigen Recht hat jedoch dieses tollere pati einen sachenrechtlichen Charakter[23], und es erscheint die Duldungspflicht des Grundeigenthümers als eine gesetzliche Beschränkung eines Eigenthums (vergl. Entwurf I § 867)[24].

Ueberschrift der 10. Abtheilung lautet: „Schuldverhältnisse aus Zuständen", da in der That „aus der Detention von Sachen unter Umständen die Belangbarkeit auf Exhibition derselben entspringt" (Brinz S. 679). Aber freilich ist diese „Abtheilung" im Dresdener Entw. sehr dürftig, da sie nichts als die Exhibitionspflicht regelt, während die „Schuldverhältnisse aus ungehöriger Bereicherung" in der 8. Abtheilung normirt und in der 9. Abtheilung systemwidrig die „Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen" behandelt werden.

22) Vergl. Demelius S. 59. 60. 71 fg. Brinz S. 683. 694. Vangerow III § 707 III 1.

23) Es ist daher auch nicht zu billigen, daß der Baier. Entw. (Art. 970. 972) diesen Fall ins Obligationenrecht stellt; vergl. dagegen auch die Protokolle der Dresdener Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts S. 3795 fg.

24) Vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. S. 13. Bei der zweiten Lesung hat § 867 eine Fassung erhalten, wodurch zum Ausdruck gebracht wird, daß das Zutrittsrecht nicht bloß gegen den

Im vorjustinianischen Recht hatte die actio ad exhibendum die Funktion, im Fall eines Wahlvermächtnisses in Form des Vindikationslegates (optio vel electio legata)[25]) dem Legatar die Vornahme der Wahl zu ermöglichen. L. 3 § 6 L. 10 D. h. t. L. 12 § 2 eod. (siquis optandi gratia ad exhibendum egisset) L. 3. 4. 8 § 3 D. de opt. leg. (33. 5)[26]). Da nun im justinianischen Recht (L. 1 § 1 C. comm. de leg. 6. 43) dem Legatar, welchem eine eigene Sache des Erblassers vermacht ist, neben der dinglichen Klage ein Forderungsrecht auf Leistung des Vermachten zusteht[27]), so bedarf es nicht weiter der actio ad exhibendum zur Ermöglichung der Wahl, da der wahlberechtigte Legatar mit der persönlichen Klage ex testamento die Vorlegung der Erbschaftssachen, aus denen er die Wahl zu treffen hat, ebenso fordern kann[28]), wie nach römischem und heutigem Recht der wahlberechtigte Gläubiger die Vorweisung der betreffenden Sachen ad eligendum mit der Kontraktsklage begehren kann[29]). Der Deutsche Entwurf (§ 1865. Motive V S. 133 fg.) hat nach dem Vorbild des

---

Eigenthümer, sondern (was sich wohl ganz von selbst ergiebt) gegen den Besitzer (im Sinne der zweiten Lesung) des fremden Grundstücks zusteht. Diese Aenderung ist immerhin zu billigen, dagegen wäre es nicht gerechtfertigt und unpassend, diese Vorschrift deshalb in den Abschnitt vom Besitz zu stellen, wie dies die Berathungskommission beabsichtigt (vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LXI S. 553. 554): sie gehört dorthin ebenso wenig, wie etwa die Vorschrift des Entw. I § 865 über die Unstatthaftigkeit gefahrdrohender Vertiefung des Erdbodens in der Nähe eines Nachbargrundstückes. Vgl. auch Bähr Gegenentw. § 939.

25) Vergl. darüber jetzt Karlowa Röm. Rechtsgesch. II S. 925 fg.

26) Vergl. Demelius S. 96 fg. Brinz II 682. 683.

27) Ueber diese Konkurrenz der actio in personam und in rem vergl. Windscheid III § 647 Note 3 und jetzt insbes. Salkowski in der Fortsetzung von Glück's Komment. XLIX S. 47 fg.

28) Vergl. Demelius S. 264.

29) Vergl. Brinz § 324 Note 19. 20.

österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 684)[30]) und des Züricher Gesetzbuchs (§ 2088)[31]) den unmittelbaren Eigenthumserwerb des Legatars an vermachten Nachlaßstücken — wohl mit Unrecht[32]) — aufgegeben und den Vermächtnißnehmer auf den persönlichen Anspruch gegen den Erben beschränkt. Im Fall eines Wahlvermächtnisses hat daher konsequenter Weise in der Regel der Erbe das Wahlrecht (Entw. § 1862)[33]); steht dasselbe kraft Anordnung des Erblassers dem Legatar zu, so kann er mit der actio ex testamento Vorlegung zum Zwecke der Auswahl verlangen.

Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer in eine wieder trennbare Verbindung gebracht, so wird nach römischem Recht der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer des Ganzen, und es bedarf einer Auflösung der Verbindung, um die früheren Rechtsverhältnisse wiederherzustellen. Mag man nun annehmen, daß in der Zwischenzeit das Eigenthum an der Nebensache ruht, so daß nur eine Beschränkung in der Ausübung desselben stattfindet, oder daß das Eigenthum an

30) Ich habe mich gegen diese Bestimmung vorlängst (System VI § 64 Anm. 1) ausgesprochen. Seither haben sich in diesem Sinne auch Pfaff und Hofmann Komment. II S. 489 energisch geäußert. Aus den Protokollen, herausgeg. von Ofner (I S. 391 fg. II S. 391. 545), geht hervor, daß über diese Frage eine lebhafte Diskussion stattgefunden hat und daß die schließlich beliebte Verwerfung des Vindikationslegats auf wiederholten starken Widerstand gestoßen ist. — Die Berufung Zeiller's Komment. II S. 634 Note * auf Höpfner Komment. §. 584 ist ganz inkonkludent.

31) Ebenso Mommsen Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (1876) § 383 und S. 388. 369.

32) Die Ansichten pro und contra finden sich in der Zusammenstellung V S. 31 fg. Zu den Gegnern des Entwurfs in diesem Punkt gehört jetzt noch Salkowski S. 58 fg.

33) Ebenso nach österr. Recht § 656 a. b. G.B. System VI § 76 Anm. 3. Vgl. auch Arndts § 579 Anm. 2 a. E. Pfaff und Hofmann II S. 419. 420.

der Nebensache untergeht und erst wieder aufleben und repristinirt werden soll[34]): immer bedarf es einer vorhergehenden Trennung, welche durch die actio ad exhibendum bewirkt wird. Diese Klage (ad separandum) hat hier somit die Funktion, die Vindikation zu ermöglichen. L. 6. 7 §§ 1. 2 D. h. t. (10. 4). L. 23 § 5 D. de R. V. (6. 1). L. 7 § 10 D. de A. R. D. (41, 1). Man kann also den Ring nicht im Stein und aus dem Stein, das Rad nicht an und aus dem Wagen vindiziren, sondern die einen trennbaren Bestandtheil des Ganzen bildende Nebensache muß erst wieder ihre frühere Selbständigkeit erlangt haben, um vindizirbar zu sein. In der heutigen gemeinrechtlichen Praxis wird jedoch das Trennungsbegehren mit der Eigenthumsklage kumulirt, so daß das Exhibitorium in dem Petitorium gewissermaßen aufgeht[35]). Die moderne Auffassung geht dagegen dahin, daß durch eine wieder lösbare Verbindung beweglicher Sachen verschiedener Eigenthümer an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert wird. Das Eigenthum an der Sache, welche nunmehr den Bestandtheil einer anderen Sache bildet, geht weder unter noch ruht es, sondern es dauert unverändert fort, wie dies ja auch nach römischem Recht der Fall ist, wenn keine der verbundenen Sachen als Hauptsache erscheint (L. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1. L. 12 § 1. L. 27 § 2 D. de A. R. D. 41. 1). Der Eigenthümer der verbundenen Sache kann dieselbe sofort vindiziren, und die vorzunehmende Trennung hat nicht den Zweck, die Vindikation, sondern die Restitution zu ermöglichen: die Sepa-

34) Die Literatur dieser rein theoretischen Streitfrage bei Windscheid I § 188 Note 13. § 189 Note 4 und bei Arndts § 152 Anm. 2. — Wendt Pandekt. § 132 spricht sich gleich Kohler in diesen Jahrb. XXVI S. 50 fg. für die Repristinationstheorie aus, während Ihering Geist II[4] 2 S. 373 und Bekker Aktionen I S. 226 Note 43. Pand. I S. 295 ruhendes Eigenthum (dominium dormiens) annehmen.

35) Vergl. Demelius S. 263. 264.

ration geht der Vindikation nicht vorher, sondern folgt auf dieselbe. Man kann daher den Ring in und aus dem Stein, das Rad an und aus dem Wagen ohne weiteres vindiziren: die Eigenthumsklage geht zugleich auf Trennung und auf Herausgabe[36]). Die Trennung erfolgt auf Kosten und Gefahr des Eigenthümers der verbundenen Sache (somit auf fremde Gefahr), dafern nicht der Eigenthümer des Ganzen die Verbindung mala fide vorgenommen hat[37]). Auf diesem Boden steht in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen[38]) auch der Deutsche Entwurf. Aber dies tritt nur in den Motiven (II S. 890, III S. 357) hervor,

---

36) Dies bestimmt ausdrücklich das sächsische Gesetzb. § 311. Vgl. Grützmann Lehrb. des sächs. Privatr. I S. 206.

37) Mit Unrecht bestimmt das sächsische Gesetzb. § 311, daß, vom Fall der mala fides abgesehen, die Kosten der Trennung von beiden Theilen proportionell zu tragen sind. Vergl. dagegen auch Bähr Gegenentwurf § 885 Abs. 2.

38) Preuß. Landr. I 9 § 298 (vergl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 235 Note 9. § 246 Note 16). Oesterr. Gesetzb. §§ 414. 415 (vgl. westgaliz. Gesetzb. II §§ 146. 147. Zeiller Komment. II S. 143 Note ** a. E. Krainz System II S. 59. Unrichtig Demelius S. 276 und Burckhard System des österr. Privatr. II S. 112. 125. 136, der überdies dominium dormiens und Wiederaufleben des erloschenen Eigenthums für identisch hält). Zürcher. Gesetzb. § 640. Sächsisches Gesetzb. §§ 247. 311. Baier. Entw. Art. 109 Abs. 2. Nur der Code civil art. 566 enthält die unvernünftige Bestimmung, daß selbst im Falle der Trennbarkeit verbundener beweglicher Sachen der Eigenthümer der verbundenen Nebensache die Trennung und Herausgabe nicht verlangen kann, und dies ist um so befremdender, als bei der trennbaren Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen Sache das Gegentheil gilt (Demolombe Cours de Code Napoléon IX p. 172 sq.). Diese Bestimmung hat daher in der französischen Jurisprudenz vielfach Tadel gefunden. Vergl. Demolombe Cours de Code Napoléon X p. 158 sq. Noch viel schärfer äußert sich darüber der vor kurzem verstorbene Acollas Manuel de droit civil I p. 601. 602, der überhaupt ein verbissener Gegner des Code Napoléon war. In diesem Punkte weicht denn auch der Codice civile italiano Art. 464 von seinem sonstigen Vorbilde ab.

welche wiederholt hervorheben, daß „das Bestandtheilsverhältniß nach dem Entwurfe nicht wie im römischen Recht die Vindizirbarkeit des Theiles vor der Trennung beeinträchtigt“, und daß „nach dem Entwurf, wie nach modernem Recht, ein Bestandtheil behufs der Vindikation nicht zuvörderst zu einer selbständigen Sache gemacht werden muß.“ In dem Gesetzbuch selbst kommt dies jedoch nicht zum Ausdruck, indem der Entwurf I § 891[39]) nur von der untrennbaren (§ 782) Verbindung beweglicher Sachen handelt[40]), ohne die lösbare Verbindung solcher Sachen zu normiren. Es dürfte sich aber doch wohl empfehlen, in das Gesetzbuch eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts aufzunehmen, daß, falls die Verbindung beweglicher Sachen ohne wesentliche Schädigung und ohne unverhältnißmäßige Kosten aufgehoben werden kann, das Recht des Eigenthümers an der verbundenen Sache fortdauert und derselbe mit der Herausgabe zugleich die Trennung und zwar in der Regel auf eigene Gefahr und Kosten verlangen kann[41]).

Der ursprüngliche und regelmäßige Zweck der actio ad exhibendum besteht bekanntlich darin, eine andere Klage, die Hauptklage, actio directa, directum judicium, L. 3 § 13. L. 17 D. h. t. 10. 4), und zwar insbesondere die Eigenthumsklage vorzubereiten: präparatorische Funktion. L. 1 D. h. t. (Ulp.) Haec actio perquam necessaria est . . . et maxime propter vindicationes introducta est[42]).

39) Hieran wurde auch bei der zweiten Lesung des Entwurfs nichts geändert. Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LXI S. 692.

40) Die Bemerkungen von Meischeider in den Beiträgen Heft 3 S. 84 über § 891 scheinen auf einer Nichtberücksichtigung des § 782 des Entwurfs I zu beruhen.

41) Eine derartige Bestimmung hat auch Bähr in seinen Gegenentwurf § 885 aufgenommen.

42) Demelius S. 65 fg. Lenel Edict. perp. p. 174.

„Ohne die Gewißheit, daß die beim Beklagten befindliche mit der in der Vindikation zu designirenden Sache identisch ist, riskirt Vindikant Vergeblichkeit der Klage; Vorweisung dieser Sache ist darum nicht nur in seinem Interesse, sondern auch etwas, wofür er einen rechten und gerechten Grund anführen und was denn auch der Besitzer rechtschaffener Weise (ex bono et aequo) nicht ablehnen kann. Dasselbe gilt von allen anderen in rem actiones, insofern sie restitutorisch und auf eine bewegliche Sache[43]) gerichtet sind." (Brinz Pandekt. II² S. 680.) In dieser Funktion hat sich die actio ad exhibendum bis auf den heutigen Tag gemeinrechtlich erhalten und bewährt[44]), und der Deutsche Entw. (I § 774. II

43) Es ist bekanntlich sehr bestritten, ob das exhibere nach römischem Recht nur auf bewegliche Sachen geht (Demelius S. 62 fg. Brinz S. 680. Keller Pandekt. § 381) oder auch auf unbewegliche (Bekker Aktionen I S. 228 Note 55. Arndts § 346 Anm. 2 a. E. Windscheid II § 474 Nr. 5). Für das moderne Recht ist Letzteres wohl außer Zweifel. Vergl. jedoch westgal. Gesetzb. II § 89.

44) Im westgalizischen Gesetzb. II § 89 war die actio ad exhibendum in ihrer präparatorischen Funktion für die Eigenthumsklage noch enthalten. Bei der Berathung des bürg. Gesetzb. vom Jahre 1811 wurde dieselbe zunächst noch beibehalten (Protokolle I S. 249), in den Sitzungen vom 20. Juli und vom 10. Aug. 1807 (Protokolle II S. 375) jedoch auf Antrag des Vizepräsidenten Haan beseitigt, welcher meinte, es könnte „die actio ad exhibendum zu den unbeschränktesten Neckereien Anlaß geben und den Besitzer, der doch das Recht des guten Leumunds für sich hat und von dem Gesetze vorzüglich in Schutz genommen wird, unzähligen Verlegenheiten aussetzen, ja ihn an der ungestörten Benützung hindern". Zeiller stimmte diesem Antrage bei und beruhigte sich bei dem Gedanken, daß ja die actio ad exhibendum „nicht verworfen wird", wogegen Pratobevera das Bedenken aussprach, daß „wenn das Gesetz diesen Fall mit Stillschweigen überginge, derselbe stets in Zweifel gezogen und bestritten werden würde, wo sodann die Richter keine Cynosur hätten und vielleicht .... diese Klage stets verwerfen würden, die doch gewiß oft mit gutem Gemüthe angestrengt werden kann". Diese Vorhersagung ist bekanntlich in Erfüllung gegangen (vergl. Krasnopolski in Grünhut's Zeitschr. XIX S. 760) und sie mußte dies um so mehr, als

§ 695) hat sie mit Recht zu solchem Zweck aufgenommen. Soll aber dieser Zweck erreicht werden, so muß es genügen, daß der Hauptanspruch, also namentlich das Eigenthum, resp. die dereinstige Zuständigkeit der directa actio nur bis zur Wahrscheinlichkeit dargethan wird (summatim cognoscere)[45]. Es ist verkehrt und grundlos, wenn die Motive (II S. 891) ohne Motivirung behaupten, daß der Hauptanspruch bewiesen werden müsse und daß „die bloße Glaubhaftmachung, welche nach gemeinem Recht ausreichend ist, nicht genüge": durch ein solches Hysteronproteron würde das Exhibitionsrecht ganz illusorisch[46]. Auf dem Boden des römischen und des gemeinen Rechtes ist es streitig, ob die Exhibitionsklage nur zur Vorbereitung dinglicher Klagen oder auch wegen persönlicher Ansprüche in Ansehung einer Sache angestellt werden kann[47]. Letzteres gilt ohne Zweifel im modernen Recht.

Zeiller in seinem Kommentar II S. 144. 145 diese Klage geradezu verwarf, da dieselbe „eine strenge philosophische Prüfung nicht aushält" und die prozessuale Gleichstellung der Parteien verletze. Dagegen habe ich mich schon in meiner Erstlingsschrift (Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für Sachsen 1853 S. 99. 100) ausgesprochen, und hierin ist Demelius S. 275 mir beigetreten.

45) Vergl. Windscheid II § 474 Note 10. Brinz II S. 689.

46) Vergl. Fischer Beiträge Heft 6 S. 39. Bähr Gegenentw. S. 160 in der Anmerkung zu § 771. Es würde sich deshalb wohl empfohlen haben, bei der zweiten Lesung eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts aufzunehmen, daß schon die bloße Bescheinigung (Glaubhaftmachung) des Hauptanspruchs zur Geltendmachung des Exhibitionsbegehrens genüge, wie sich dies im zürcher. Gesetzb. § 1818, in dem baier. Entw. Art. 970 und in Bähr's Gegenentw. § 771 findet.

47) Demelius S. 135 fg. Brinz Pandekt. II § 324. Arndts Pandekt. § 346 Anm. 1a und Dernburg Pandekt. I § 135 Note 7 lassen die Exhibitionsklage nur bei Noxalklagen und gewissen Interdikten zu, die herrschende Meinung gestattet sie jedoch bei allen persönlichen Ansprüchen (Windscheid II § 474 zu Note 8. Keller Pandekt. § 381 und jetzt insbes. Wendt Pandekt. § 283).

Auch der Deutsche Entw. (I § 774, II § 695) spricht von Ansprüchen schlechthin [48]).

Daß nun in solchen Fällen die Exhibition in der Regel auf Gefahr und Kosten des Imploranten stattzufinden hat [49]), hatte der Deutsche Entwurf schon in erster Lesung (§ 776) ausgesprochen. Bei der zweiten Lesung wurde dieser Vorschrift noch hinzugefügt, daß der Exhibitionspflichtige die Vorlegung verweigern kann, bis ihm der Implorant die Kosten vorgeschossen und wegen der Gefahr Sicherheit geleistet hat (§ 697 Abs. 2). Auch wurde in § 697 Abs. 1 passender Weise ausgesprochen, daß die Vorlegung an dem Orte zu erfolgen hat, wo sich die vorzulegende Sache befindet, daß jedoch jeder Theil die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt [50]). Es wird Sache der Jurisprudenz sein, diese gesetzlichen Bestimmungen in der Richtung zu ergänzen, daß der Exhibitionspflichtige ausnahmsweise Kosten

48) Im baier. Entw. Art. 970 und im dresden. Entw. Art. 1011 heißt es explicite: „wegen eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs (Rechtes)". Vergl. auch sächs. Gesetzb. § 1565. — Das westgal. Gesetzb. II § 89 ließ die Exhibitionsklage nur zum Zwecke der Vorbereitung dinglicher Klagen zu: „wenn weder von einem Eigenthums- noch von einem Inhabungsrechte die Rede ist, so findet dieses Verlangen nicht statt". Bei der Berathung des bürgerl. Gesetzb. von 1811 wollte man anfangs die Exhibitionsklage nur für Eigenthumsklagen zulassen, „weil eine allgemeine weitere Ausdehnung, wie etwa auf alle, die ein persönliches Recht zur Sache durchsetzen wollen, zu vielen Neckereien Anlaß geben würde" (Protokolle I S. 249). Später bemerkte Zeiller (Protokolle II S. 375), „es könne jemandem auch eines persönlichen Rechtes wegen daran gelegen sein, eine von Anderen besessene Sache zu besichtigen, z. B. wegen erlittener Beschädigungen von einem fremden Thiere oder wegen einer erkauften und noch nicht übergebenen Sache u. dergl." Schließlich ließ man, wie erwähnt (Note 44), die Exhibitionsklage gänzlich fallen.

49) Ueber die nöthigen Kautelen bei der Exhibition zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses vgl. Kohler Prozeßrechtliche Forschungen S. 78 fg.

50) Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LX S. 539.

und Gefahr der Vorlegung zu tragen hat, wenn er die Sache doloser Weise an einen anderen Ort geschafft hat, oder wenn die Exhibition auf sein Verlangen an einem anderen Ort stattfindet (L. 11 § 1 D. h. t. L. 12 § 1 D. depos. 16. 3).

Die gleichen Grundsätze in Ansehung von Gefahr und Kosten gelten für die Vorlegung von Urkunden. Es handelt sich hier um die civilistische Pflicht zur Edition von Urkunden zum Zweck der Einsichtnahme resp. Abschriftnahme, von welcher die prozessuale Editionslast verschieden und scharf zu trennen ist[51]): jene gehört in das privatrechtliche Gesetzbuch[52]), diese in die Civilprozeßordnung. Während nun der Deutsche Entwurf in erster Lesung (§ 775) eine Vorschrift enthielt, welche sich in einem eigenthümlichen Zirkel bewegte, indem der Entwurf in Ansehung der Editionspflicht auf die Civilprozeßordnung verwies, die ihrerseits wieder auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts verweist (CPO. §§ 387. 394)[53]), ist bei der zweiten Lesung eine Bestimmung aufgenommen worden, welche diesem Mangel abhilft und die privatrechtliche Editionspflicht nach dem Vorbild mancher modernen Gesetzgebungen[54]) regelt, indem § 696 vorschreibt:

51) Vergl. Vangerow III § 708. Demelius S. 127 fg. 269 fg. Windscheid II § 474 Nr. 6. Apt Die Pflicht zur Urkundenedition 1892 (eine gute Abhandlung), und insbesondere Kohler im civil. Arch. LXXIX Nr. 1.

52) Die Verfasser des österr. bürg. Gesetzb. haben die civilistische Editionspflicht nicht gehörig erkannt und die ganze Materie mit Unrecht der Gerichtsordnung überlassen (Protokolle I S. 249). Vergl. jedoch § 844 a. b. G. B. (westgal. Gesetzb. II § 673. L. 5 D. fam. ercisc. 10. 2). Auch die österreichischen Schriftsteller (Ullmann Civilprozeßr. 3. Aufl. S. 302. 303. 458. 459. Canstein Lehrb. des österr. Civilpr. 2. Aufl. I S. 495 fg.) halten materiellrechtliche und prozessuale Editionspflicht nicht streng genug auseinander.

53) Ueber diesen circulus vitiosus vergl. Fischer Beiträge Heft 6 S. 39. Bähr Gegenentwurf Anmerkung zu § 772. Apt S. 68 fg.

54) Sächsisches Gesetzb. § 1566. Dresdener Entw. Art. 1042. 1043 und insbes. baier. Entw. Art. 973. 974.

„Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von deren Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist, oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind"[55]).

III.

Wer eine bewegliche Sache für einen Anderen in Verwahrung nimmt, leistet dem Hinterleger einen Gefälligkeitsdienst. Es ist eine Forderung der Billigkeit, daß man aus einer solchen Dienstleistung nicht zu Schaden komme: aequum est, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse (L. 61 § 5 D. de furt. 47. 2). Die Obhut findet ausschließlich oder, falls eine Vergütung dafür versprochen oder geleistet wird, wesentlich und überwiegend im Interesse und zum Vortheil des Deponenten statt und muß daher auf seine Gefahr und Kosten gehen: der Depositar soll aus der Verwahrung keinen Schaden erleiden. Der Hinterleger hat somit insbesondere den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer ohne dessen Verschulden (L. 61 § 7 D. cit. 47. 2. L. 26 § 7 D. mand. 17. 1) verursachten Schaden schlechthin zu ersetzen, mag er sich gleich in entschuldbarer Unkenntniß über die gefahrdrohende Eigenschaft der deponirten Sache befunden haben. Denn wenn es sich einmal darum handelt, ob er oder der Depositar unter den Folgen seiner

55) Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LX S. 537. 538.

Unkenntniß leiden soll, so kann die Wahl in der That nicht zweifelhaft sein (vergl. Ihering in diesen Jahrb. IV S. 34. 35). Auch in diesem Falle gilt, was Ulpian zur Begründung der unbedingten ädilitischen Haftung des Verkäufers für heimliche Mängel und Fehler der verkauften Sache anführt: etiamsi ignoravit . . . tamen teneri debere; nec est hoc iniquum, potuit (et debuit) enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate (L. 1 § 2 D. de aed. edict. 21. 1). Wie der Verkäufer die Beschaffenheit der verkauften Sache[55a]), so muß auch der Deponent die Beschaffenheit der hinterlegten Sache kennen.

In diesem Sinne spricht sich denn auch Afrikanus (in libro VIII. Quaestionum) in der vielbesprochenen L. 61 (62) § 5 D. de furt. (47. 2) aus. Allerdings motivirt Afrikanus die unbedingte Haftung sowohl des Mandanten

---

55a) So auch nach österr. Recht. Die Normirung der Gewährleistung im österr. Gesetzbuch (§§ 922—933) gehört jedoch zu den schwächsten und mangelhaftesten Partien des österr. Gesetzbuchs: Gewährleistung wegen rechtlicher und physischer Mängel wird bunt durcheinander geworfen; der Anspruch im Fall von Eviktion wird nur indirekt normirt (§ 931); die actio quanti minoris hat eine räthselhafte Ausgestaltung und unklare Formulirung erfahren; die Einreden verjähren in derselben Frist wie die Klagen (System II § 125 Note 46). Am wunderlichsten aber ist die Bestimmung des § 923, wonach unter den „Eigenschaften" der veräußerten Sache, für welche der Veräußerer einstehen muß, die „Eigenschaft" ihres „Nochvorhandenseins" angeführt wird. Der ärgste Mangel, der schwerste Fehler, an dem eine Sache leiden kann, besteht freilich im Ermangeln, im Fehlen derselben: aber kann denn eine „nicht mehr vorhandene Sache" entwährt werden oder mit physischen Mängeln behaftet sein?! Die Worte des § 923: „wer eine nicht mehr vorhandene Sache veräußert", sind verba fugitiva, welche zu § 878 gehören (L. 15 pr. L. 57 pr. D. de C. E. 18. 1. L. 1 § 9 D. de O. et A. 44. 7) und schon durch die Vorschrift dieses § gedeckt sind, dessen dritter Satz aber freilich durch die Häufung und Verschwommenheit der Ausdrücke zu neuen Zweifeln Anlaß giebt.

als des Deponenten für das von dem auftragsgemäß gekauften oder hinterlegten diebischen Sklaven verübte Furtum durch Unterstellung einer Culpa: nam certe mandantis culpam esse qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. Allein diese Culpa ist nicht ein eigentliches Verschulden, welches im konkreten Fall erst individuell zu ermitteln wäre, sondern eine Culpa in abstracto, eine Schuld schlechthin und ohne weiteres: es ist Sache des Deponenten, die Beschaffenheit der von ihm hinterlegten Sache zu kennen, und daher seine Schuld (in diesem uneigentlichen Sinne), wenn ihm die gefahrdrohende Eigenschaft derselben unbekannt geblieben ist: er haftet, nicht wenn er die schadenbringende Eigenschaft der hinterlegten Sache kannte oder kennen mußte, sondern weil er dieselbe kennen mußte. Diese Begründung und Rechtfertigung der unbedingten Haftung durch Zurückführung auf ein Verschulden „gewissermaßen" (aliquatenus culpae reus est, cf. L. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7. § 3 J. de obl. quasi ex del. 4. 5) entspricht dem Bestreben der römischen Juristen, derselben eine subjektive Wendung und Unterlage zu geben[56]. Daß Afrikanus[57] die Haftung des (Mandanten und) Deponenten nicht auf die Fälle einer wahren Culpa, eines wirklichen Verschuldens beschränken wollte, geht schon aus der anderweitigen Motivirung hervor, daß der Depositar justissime allegare potest, non fuisse se id damnum passurum, wenn er die Sache nicht in Verwahrung genommen hätte, sowie aus dem gegenseitigen Abwägen der

56) Vgl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. S. 65 Note 8.

57) Vergl. über diesen jüngeren Zeitgenossen und wahrscheinlich Schüler Julianus' Krüger Geschichte der Quellen des R. R. S. 177 fg. Karlowa Röm. Rechtsgesch. I S. 711 fg. Vergl. auch Kalb Roms Juristen S. 66 fg.

einerseits für den Deponenten und andererseits für den Depositar sprechenden Billigkeitsgründe, während doch gar nicht von Billigkeit, sondern nur von strenger Gerechtigkeit die Rede sein könnte, wenn es sich um ein eigentliches Verschulden des Deponenten handeln würde[58].

Diese unbedingte, von individuellem Verschulden unabhängige Haftung des Deponenten für den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache verursachten Schaden wurde in älterer Zeit von den Romanisten durchgehends anerkannt[59]) und hat sich in der französischen Jurisprudenz stets erhalten[60]). In der neueren gemeinrechtlichen Doktrin ist jedoch unter der übermächtigen Herrschaft des Schuldprinzips die Ansicht zur allgemeinen Geltung gelangt, daß der Deponent bloß im Fall von Dolus und eigentlicher Culpa (culpa levis) zu haften hat[61]), während Jhering (in diesen Jahrb. IV S. 37) und Mommsen (Erörter. II S. 69. 70) in richtiger Interpretation der L. 61 § 5 cit. die unbedingte Haftung des Hinterlegers vertreten[62]).

---

58) Daß mit L. 61 § 5 cit. die L. 31 D. de pign. act. (13. 7) nicht in Widerspruch stehen kann, ergiebt sich daraus, daß diese Stelle gleichfalls von Afrikanus herrührt, qui sibi ipsi non censendus est contrariari, wie schon Voet Comment. ad Pand. Lib. XVI Tit. III § 10 bemerkt hat. Vergl. zu dieser Stelle insbes. Mommsen Erörter. II S. 70.

59) Vergl. Voet l. c. Meerman Thesaurus III p. 296 und die Note 72 angeführten Schriftsteller.

60) Pothier Traité du contrat de dépôt (in dem Traité des contrats de bienfaisance) nr. 70.

61) Löhr Theorie der Culpa S. 143 fg. Hasse Die Culpa 2. Aufl. S. 401 fg. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen II § 662. Dernburg Pfandr. I S. 162. 163. Pandekt. II § 92 Nr. 2. Keller Pandekt. S. 581. Arndts Pandekt. § 285. Brinz Pandekt. II S. 607. 610. Baron Pandekt. § 277.

62) Windscheid Pandekt. II § 378 Note 16, welcher gleichfalls behauptet, daß der Deponent nur wegen Nachlässigkeit hafte, giebt zu, daß die Auslegung der L. 61 (62) § 5 cit. „streitig und nicht zweifellos sei",

Auf diesem Standpunkt der Haftung aus Schuld stehen auch die meisten modernen Gesetzgebungen und Entwürfe und lassen den Deponenten für den aus der Verwahrung entspringenden Schaden nicht unbedingt, sondern nur im Fall von Unredlichkeit oder Nachlässigkeit haften. So das preuß. Landrecht (I 14 §§ 42. 43)[62a], das österreichische Gesetzbuch (§ 967)[63]) und das schweizerische Bundesgesetz (Art. 477); ferner der baierische (Art. 675) und der dresdener Entwurf (Art. 745). Nur das französische Gesetzbuch (Art. 1947) macht eine rühmliche Ausnahme, indem

---

glaubt jedoch, daß „es nicht nothwendig sei", sie in dem hier vertretenen Sinne zu verstehen. — Der Ansicht von Ihering und Mommsen schließt sich auch Koppel an in seiner Inauguraldissertation: Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den zufälligen Schaden? 1886 (S. 14 fg. 24 fg.).

62 a) Hiernach haftet der Deponent nur für geringes Versehen und bei dem depositum miserabile gar nur für mäßiges Versehen. Die letztere Bestimmung ist wohl aus der Erwägung hervorgegangen, daß der Deponent bei einer in dringender Gefahr vorgenommenen Hinterlegung nicht mit der sonst erforderlichen Vorsicht und Sorgfalt vorgehen kann: sie erscheint aber um so unbilliger gegen den Depositar, der in solchen Fällen dem in der Nothlage Deponirenden einen um so größeren Dienst erweist.

63) Es ist sehr bemerkenswerth, daß sich (abweichend von dem Codex Theresianus III Cap. VI § V nr. 51) noch in Horten's Entwurf (III 6 § 31) die Vorschrift fand: „Wenn jemand, es sei wissentlich oder unwissentlich, eine mangelhafte Sache bei einem Anderen hinterlegt und dieser dadurch einen Schaden erlitten hat, ohne daß ihm wegen versäumter Abwendung dieses Schadens eine Schuld beigemessen werden kann, so muß ihn der Hinterleger ersetzen." Erst in Martini's Entw. (III 4 § 40) wurde, wahrscheinlich unter dem Einflusse des preuß. Landrechts, festgesetzt, daß der Hinterleger dem Verwahrer „den schuldbarer Weise verursachten Schaden zu ersetzen hat". Ebenso westgal. Gesetzb. III § 141. Diese Aenderung ist um so weniger zu billigen, als nach § 1014 a. b. G. B. bei dem Mandat, mit welchem doch das Depositum eine innere Verwandtschaft hat (weshalb denn auch L. 61 § 5 cit. beide Geschäfte zugleich und gleichmäßig behandelt), das Gegentheil gilt. Vergl. dagegen auch Strohal Gutachten S. 151.

es an der älteren Lehre festhält und der Billigkeit entsprechend die Verwahrung auf Gefahr des Hinterlegers stattfinden läßt[64]. Der Codice civile italiano (art. 1862) folgt hierin seinem Vorbild.

Der Deutsche Entwurf hält in Uebereinstimmung mit seiner sonstigen Haltung auch in diesem Fall an dem Schuldprinzip fest. In erster Lesung lautet die betreffende Vorschrift (§ 622): „Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer verursachten Schaden zu ersetzen, wenn er die schadendrohende Beschaffenheit der Sache gekannt hat oder kennen mußte und dem Verwahrer diese Beschaffenheit nicht angezeigt hat." Die Begründung, welche die Motive (II S. 581. 582) dafür geben, entspricht ganz der doktrinären, dem Leben abgewandten, Rücksichten der Billigkeit unzugänglichen Auffassung, welche den ersten Entwurf charakterisirt. Aber auch bei der zweiten Lesung „lehnte man es ab, dem Hinterleger eine vom Verschulden unabhängige Gewährpflicht für die Unschädlichkeit der hinterlegten Sache aufzuerlegen; der Vorschlag erschien insbesondere bei der entgeltlichen Hinterlegung unbillig"[65]. Soll hiermit wirklich

64) Laurent Principes de droit civil XXVII nr. 130 (p. 147. 148) rechtfertigt diese Bestimmung mit der Bemerkung: que le dépositaire ne doit jamais souffrir une perte par le dépôt. Vergl. auch Pont Les petits contrats I nr. 510. Der Code civil art. 1947 geht jedoch zu weit, indem er den Deponenten verpflichtet, den Depositar unbedingt für alle Verluste (pertes) zu entschädigen, que le dépôt peut lui avoir occasionées, während es im Regierungsentwurf beschränkter hieß: que peut lui avoir causées la chose déposée. Das badische Landr. giebt denn auch den Art. 1947 in der Fassung wieder, daß der Hinterleger den Depositar für allen Verlust entschädigen muß, den die Hinterlegung ihm verursacht hat.

65) Vergl. den Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 895. Der Entwurf I § 622. II § 634 beschränkt die Haftung des Deponenten, da er eben auf dem Standpunkte des Verschuldens steht, auf den Fall der schuld-

gesagt sein, daß es auch bei der „unentgeltlichen" Hinterlegung der Billigkeit entspricht, officium suum sibi damnosum esse? Aber auch wenn für die Verwahrung eine „Vergütung" zugesagt oder gewährt wird, wie dies im modernen Recht zulässig ist[66]), verliert das Depositum dadurch seinen typischen Charakter eines Gefälligkeitsdienstes (officium) ebensowenig wie ein Mandat durch Gewährung oder Zusicherung eines Honorars (L. 6 pr. L. 7 D. mand. 17. 1. L. 1 C. eod. 4. 35) oder wie eine Schenkung durch die Absicht, eine Remu-

haften Unkenntniß der gefahrbringenden Beschaffenheit der Sache zur Zeit der Hinterlegung. Allein der Depositar soll überhaupt und durchwegs aus der Verwahrung keinen Schaden erleiden: für ihn ist es gleichgültig ob das in Verwahrung genommene Pferd schon zur Zeit der Uebernahme in Verwahrung mit dem Keim einer ansteckenden Krankheit behaftet war oder ob dieselbe erst hinterher entstanden ist.

66) So auch der Deutsche Entw. I § 615. II § 629 (Motive II S. 571) nach dem Vorbild der meisten neueren Gesetzgebungen (bayer. Landr. IV 2 § 7; preuß. Landr. I 14 §§ 17. 48; österr. Gesetzb. § 969; sächs. Gesetzb. § 1263; schweiz. Bundesges. Art. 475 Abs. 2). Die versprochene oder gewährte Vergütung ist zwar eine Gegenleistung, aber kein Aequivalent: es findet kein gegenseitiger Austausch von Leistungen statt (vergl. Cod. civ. a. 1104: le contrat n'est pas commutatif. Die ältere Theorie sprach hier von contractus bilateralis inaequalis). In der französischen Jurisprudenz herrscht Streit darüber, da einerseits Art. 1917 das dépôt als einen contrat essentiellement gratuit bezeichnet, während andererseits Art. 1928 von einem salaire stipulé pour la garde du dépôt spricht. Troplong Comment. du dépôt nr. 11—13 und Laurent Principes de droit civil XXVII nr. 77 meinen, daß im Fall der Zusicherung einer Vergütung das Depositum nur uneigentlich so genannt werde, in Wahrheit aber ein contrat de louage vorhanden sei. Die richtige Ansicht geht dahin, daß mit den Worten des Art. 1917 nur ausgesprochen sein soll, daß das Depositum seinem Wesen nach unentgeltlich sei und seine Natur durch Zusicherung einer Vergütung nicht verliere oder verändere, ähnlich wie L. 1 § 4 D. mand. (17. 1) ausspricht: mandatum nisi gratuitum nullum est und dennoch ein Salarium (Honorar) für die Besorgung des Auftrages versprochen werden kann. Vergl. Zachariä Handb. II § 401 Note 1, und insbes. Pont Les petits contrats I nr. 377.

neration zu üben, den Charakter der Liberalität: das Depositum ist und bleibt seiner Natur nach „unentgeltlich", wenngleich es im heutigen Recht die Zusicherung oder Gewährung einer Vergütung (salarium, Honorar) verträgt, ohne jedoch dadurch zu einem Lohndienst (Dienstvertrag, Lohnvertrag) zu werden[67]. Immerhin ist jedoch bei der zweiten Lesung ein Fortschritt gemacht worden, indem nach dem Vorbild des schweizerischen Bundesgesetzes Art. 477 „die Beweislast umgekehrt wurde"[68]: der Hinterleger hat zu beweisen, daß er sich in entschuldbarer Unkenntniß über die gefahrbringende Eigenschaft der hinterlegten Sache befunden hat (§ 634).

IV.

Wie der Depositar, so leistet auch der Mandatar einen Gefälligkeitsdienst: mandatum originem ex officio atque amicitia trahit (L 1 § 4 D. mand. 17. 1). Der Mandatar vollzieht den Auftrag im Interesse und zum Vortheil des Mandanten und daher auf dessen Gefahr: ubi commodum, ibi et periculum esse debet[69].

---

67) So sagt schon das bayer. Landr. (von 1756) IV 2 § 7: 4° „wird die Natur eines Depositi durch Versprech- oder Annehmung eines bloßen Honorarii nicht alterirt, ein anderes ist, wenn man Lohn hierum bedingt oder empfängt". Römischrechtlich gesprochen, hat der Depositar auf Entrichtung der versprochenen Vergütung nicht eine actio directa, sondern eine actio contraria. Es kommen daher im Uebrigen die Vorschriften über das Depositum resp. das Mandat, nicht jene über den Lohnvertrag (Dienstvertrag) zur Anwendung.

68) Ueber die Ungenauigkeit dieser Auffassung und Ausdrucksweise vgl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 2. Aufl. S. 69 Note 18. Es handelt sich nicht um einen Exkulpations-, sondern um einen Exceptionsbeweis: der Deponent haftet, „es sei denn", „ausgenommen" (nisi).

69) Daher muß der Mandant das vom Mandatar auftragsgemäß aufgeliehene und ohne dessen Schuld verlorene Geld ersetzen. L. 15. pr. D. de in rem verso (15. 3). Vgl. ferner L. 8 § 8. L. 29 § 2 D. mand. (17. 1). L. 67 D. de fidej. (46. 1).

Von diesem Grundsatz ausgehend, entscheidet Afrikanus in der (Nr. III) besprochenen L. 61 § 5 D. de furt. (47. 2), daß der Mandant, der den Auftrag gegeben hat, einen bestimmten Sklaven für ihn zu kaufen, für den von demselben an dem Mandatar verübten Diebstahl aufkommen muß, mag er sich gleich in Unkenntniß über die Eigenschaft des Sklaven befunden haben (etiam si ignoraverit furem esse)[70]. Mit dieser Entscheidung steht nun ein Ausspruch von Paulus in L. 26 § 7 D. mand. (17. 1) in Widerspruch, der eine Entschädigungspflicht des Mandanten nur in dem Fall annimmt, daß derselbe die diebische Natur des Sklaven gekannt hat (si ego scissem, talem servum esse, nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc, quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet), wogegen er sich im Fall der Unkenntniß durch noxae datio des Sklaven befreien kann. Man hat sich vergebens bemüht, den Widerspruch dieser beiden Stellen zu beseitigen und dieselben zu vereinigen. Man muß vielmehr anerkennen, daß die römischen Juristen in dieser Frage wie in anderen ähnlichen Fällen verschiedener Meinung waren[71] und der Ansicht von Afrikanus als der billigeren den Vorzug geben[72]. Dennoch fehlt es auch in neuerer Zeit nicht an hervorragenden gemeinrechtlichen Schriftstellern[73], welche

---

70) Ebenso, wenn z. B. der Auftrag gegeben wird, ein bestimmtes Pferd zu kaufen oder zu verkaufen, und dasselbe nun die im Stalle des Mandatars befindlichen Pferde ansteckt.

71) Vergl. Schirmer in der Zeitschrift f. R. G. X S. 70 fg. Troplong Commentaire du mandat nr. 655 sq.

72) Vergl. Cujacius Opera omnia (Neapel 1752) I p. 1446. V p. 475. 476. Glück Komment. XV S. 307 fg. Mommsen Erörter. II S. 60 fg. Koppel S. 24 fg.

73) Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 597. Puchta Pandekten § 293. Keller Pandekt. S. 591. Arndts Pandekt. § 293. Baron Pandekt. § 306. Windscheid II § 410 Nr. 2.

den der Billigkeit widerstreitenden Satz aufstellen, daß der Mandant nur für den durch sein Verschulden dem Mandatar verursachten Schaden ersatzpflichtig sei[74]), indem sie sich auf den Ausspruch von Paulus berufen und in L. 61 § 5 D. cit. (47. 2) irrthümlicherweise eine eigentliche Culpa des Mandanten unterstellen[75]) oder (wie Arndts § 293 Note d) diese letztere Stelle ignoriren.

Inwieweit handelt nun aber der Mandatar auf Gefahr des Mandanten? Trägt der Mandant nur die Gefahren, die aus dem auftragsgemäßen Handeln und durch das aufgetragene Geschäft (ex causa mandati) entstehen, oder muß er auch für die Gefahren aufkommen, die nur bei Gelegenheit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes (ex occasione mandati) und aus einer außerhalb des Mandats (extra causam mandati) liegenden Ursache entspringen?

---

74) Auf diesem Standpunkte steht auch das schweiz. Bundesges. Art. 400 Abs. 2, welches in Uebereinstimmung mit Art. 477 über das Depositum bestimmt: „Der Auftraggeber haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, daß der Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden ist". Haberstich Handb. des schweiz. Obl.R. II 1 S. 208 tadelt diese Bestimmung mit Recht, meint aber, man werde sich dadurch zu helfen suchen daß man den Schaden, der ex causa mandati entspringt, also mit der Erfüllung des Auftrags unmittelbar („nothwendig", „unzertrennlich") verbunden ist, unter die Kategorie unabsichtlicher Verwendungen bringen und die Vorschrift des Art. 400 Abs. 2 auf die Fälle des zufälligen Schadens (ex occasione mandati) beschränken werde. Diesen Weg hat denn in der That auch schon Schneider Komment. ad art. 400 Nr. 3 betreten. — Auch der hessische Entw. Art. 288 läßt den Mandanten nur für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden haften (Motive S. 114).

75) So meint Unterholzner II S. 597 Note h: „Zuerst scheint es, als wolle Afrikanus den Beauftragenden unbedingt verantwortlich machen; am Ende aber sieht man, daß er doch nur wegen Verschulden haften soll: und so muß angenommen werden, er setze die Möglichkeit irgend eines Versehens voraus." Auch Dernburg Preuß. Privatr. II S. 187 Note 17 meint, daß das röm. Recht alles auf die Culpa des Auftraggebers stelle und daher dieses schwierige Problem in einseitiger Weise gelöst habe.

Paulus (in libro XXXII ad edictum) spricht bekanntlich aus, daß der vorwurfsfreie Mandant dem Mandatar den zufällig erlittenen Schaden nicht zu ersetzen hat. L. 26 § 6 D. mand. (17. 1): Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet[76]).

Allein schon zur Zeit der Glossatoren meinte man, daß diese Sentenz des Paulus, welche späterhin Anton Faber als duriuscula bezeichnete[76a]), der Billigkeit nicht volles Genüge leiste. Accursius lehrt, die summa aequitas fordere vielmehr, daß dem Mandatar auch der rein zufällige Schaden ersetzt werde, und Cujacius stimmt ihm hierin bei. Diese Ansicht war im Mittelalter die vorherrschende[77]). Man glaubte sie einerseits auf den Ausspruch von Afrikanus (L. 61 § 5 D. de furt. 47. 2: justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset), andererseits darauf stützen zu können, daß doch auch nach römischem Recht dem Socius der bei der Geschäftsführung zufällig erlittene Schaden pro rata vergütet werden müsse (vergl. Nr. V)[78]). Auch in der Praxis wurde der Ausspruch von Paulus nicht respektirt. Schon die Glosse

76) Basilic. Lib. XIV Tit. 1 (ed. Heimbach II p. 107): ταῦτα γὰρ κατὰ τύχην, οὐ μὴν ἐκ τῆς ἐντολῆς συνέβη.

76a) Rationalia ad Pandect. ad h. l. (edit. Aurelianae 1626 Tom. V p. 66).

77) Vergl. die Citate bei Glück XV S. 313 Note 70. Dieser Ansicht scheint auch Dernburg Pandekt. II² § 116 Note 14 sich zuzuneigen.

78) Immerhin mögen hierauf jedoch auch deutschrechtliche Anschauungen von Einfluß gewesen sein. Vgl. Stobbe Deutsch. Privatr. III § 183 S. 237 lit. e.

sagt: nec hic § de curialitate debet servari. Es sind zahlreiche Entscheidungen von Gerichtshöfen aus allen Ländern überliefert, welche dem Mandatar den Ersatz des zufällig erlittenen Schadens zusprechen. Noch Voët bemerkt (Comment. ad h. t. § 13): Hodie mandatario ex aequitate succurrendum putant. Auch in Frankreich hat sich diese Ansicht erhalten und sie ist trotz der abweichenden Lehre Pothier's[79]) in den Code civil (a. 2000) übergegangen: Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de la gestion, sans imprudence qui lui soit imputable[80]). (Ebenso Codice civile italiano art. 1754.)

Dennoch wird man dieser Ansicht nicht beipflichten können. Die summa aequitas für den Mandatar schlägt in eine Unbilligkeit gegen den Mandanten über. Sonne und Wind müssen gleich vertheilt sein. Es ist billig, daß der Mandant den aus der Ausführung des Auftrages entstehenden Schaden zu tragen hat, da er den Nutzen daraus hat, aber es ist unbillig, ihn für unvorhersehbare und unberechenbare Nachtheile auffommen zu lassen, die nebenher und durch Zufall dem Mandatar zustoßen[80a]): man geräth damit bei der Verkettung der Dinge und der Verschlungenheit aller Ereignisse ins Grenzenlose[80b]). Steht der eingetretene Unfall in keinem ursächlichen

79) Pothier Traité du mand. nr. 75 sq. (dessen Meinung, wie Pont Les petits contrats 1 p. 638 bezeugt, die herrschende in Frankreich war) unterscheidet zwischen Schaden ex causa mandati und ex occasione mandati und läßt den schuldlosen Mandanten nur im ersteren Falle ersatzpflichtig werden. — Nach Laurent Principes de droit civil XXVIII nr. 31, und Pont Les petits contrats I nr. 1113 wäre auf die Verfasser des Code civil die Darstellung von Domat von Einfluß gewesen.

80) Vergl. die reichhaltigen Ausführungen von Troplong Comment. du mandat nr. 654 sq. und Pont Les petits contrats I nr. 1113.

80 a) Vergl. Ulrich Huber Eunomia Romana (1700) p. 608 sq.

80 b) Wie weit die französischen Gerichte hierin gehen, sieht man aus folgender, von Pont 1 p. 640 mitgetheilten und gebilligten Entscheidung

Zusammenhang und in keiner unmittelbaren Verbindung mit der Erfüllung des Auftrages, so kann er nicht auf das Mandat zurückgeführt und dem Auftraggeber zur Last gelegt werden. Hat der Mandatar einerseits den Gewinn, den er bei Gelegenheit der Ausführung des Mandates durch Zufall macht, dem Auftraggeber nicht herauszugeben, so muß er andererseits auch den Verlust tragen, den er hierbei zufällig erleidet[81]). Wenn der Mandatar unterwegs einen kostbaren Fund macht, so braucht er denselben resp. den Finderlohn dem Auftraggeber nicht herauszugeben: dagegen hat er aber auch keinen Anspruch auf Ersatz, wenn er unterwegs durch einen herabfallenden Stein verwundet oder durch ein scheu gewordenes Pferd verletzt wird oder sich bei Ausrichtung des aufgetragenen Geschäftes eine Krankheit zuzieht. Es kommt also immer darauf an, ob der Schaden dem Auftrag zu imputiren oder einem Zufall zuzuschreiben ist[82]). Allerdings kann es im einzelnen Fall schwierig sein, zu entscheiden, ob der eingetretene Schaden ex causa mandati oder ex occasione mandati entstanden sei[83]), und es muß dies der richterlichen Beurtheilung

der Cour de Paris: Jemand war beauftragt, Arbeiter bei der Arbeit zu überwachen; er suchte dieselben einer plötzlich hereinbrechenden Gefahr zu entziehen und zog sich dabei eine schwere körperliche Verletzung zu: der Gerichtshof verurtheilte den Mandanten zum Ersatz des Schadens, dont l'exécution du mandat avait été incontestablement (?) l'occasion. Die erste Instanz hatte dagegen (mit Recht) ausgesprochen: qu'il y avait en là un élan généreux digne d'éloges sans doute, mais que l'accident avait en là sa cause véritable et, partant, qu'il ne devait pas donner lien à la responsabilité du mandant.

81) Vergl. Unterholzner II § 621 Note b. Koppel S. 30.

82) Vergl. Glück Komment. XV S. 313 fg. Jhering in diesen Jahrb. IV S. 37. Brinz Pandekt. II² § 334 Note 41. Grünhut Das Recht des Kommissionshandels S. 258 fg.

83) Diesen Umstand macht Troplong Traité du mandat nr. 663 sq. zur Rechtfertigung der Vorschrift des Code civil art. 2000 insbesondere

der individuellen Umstände überlassen werden. Aber die gleiche Schwierigkeit ist überall vorhanden, wo es überhaupt auf den Kausalzusammenhang ankommt[83a]): so bei einem aquilischen Schaden, bei der Haftung des Geschäftsherrn für ein Verschulden seiner Leute in Ausführung (nicht auch bei Gelegenheit) ihrer dienstlichen Verrichtungen (Deutscher Entwurf II §§ 234. 754), und insbesondere bei den modernen Gesetzen über Haftpflicht und Unfallversicherung, wo alles darauf ankommt, ob im gegebenen Fall der Unfall in dem Betrieb und durch den Betrieb oder nur nebenher (gelegentlich) und aus einer außerhalb des Betriebes liegenden Ursache entstanden ist.

Auf diesem Standpunkt entsteht weiter die Frage, ob die unbedingte Haftung für den ex causa mandati entstandenen Schaden nur dann stattzufinden hat, wenn das Mandat „einen bestimmten Inhalt" hat, wenn also der Mandant dem Mandatar genaue Weisungen und bindende Instruktionen gegeben hat, oder auch wenn dem Mandatar die Art der Ausführung überlassen, ihm also in engeren oder weiteren Grenzen ein Spielraum gegeben ist. Ersteres ist die Theorie von Mommsen[84]) und scheint auch der Sinn der Vorschrift des preußischen Landrechts (I 13 §§ 80. 81) zu sein[85]). Hierdurch

---

geltend. Allein abgesehen von dem im Text Bemerkten zeigt schon der Note 80 b angeführte Fall, daß doch auch darüber wieder Streit entstehen kann, ob das Mandat „Gelegenheit" zum Unfall gegeben hat.

83a) Ueber Kausalzusammenhang vgl. jetzt die interessante und scharfsinnige Schrift von Fr. Endemann Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten (1893 S. 5 fg. 25 fg. 67 fg.) und dazu die das Endergebniß derselben (Keine Pflicht des Verletzten, sich operiren zu lassen) auf das richtige Maß zurückführende Anzeige von Eck in dem Jurist. Lit. Bl. 1894 Nr. 1 S. 8 fg. (vgl. auch Oertmann im Arch. für bürgerl. Recht VIII S. 257 fg.)

84) Erörterungen II S. 60 fg. Diese Theorie vertritt auch Koppel S. 24 fg.

85) § 80: „Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäfts treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig,

wird jedoch die Haftpflicht des Mandanten in nicht zu billigender Weise eingeschränkt[86]). Der Dienst, welchen der Mandatar dem Auftraggeber erweist, besteht nicht so sehr in der Uebernahme als vielmehr in der Ausführung des Auftrags: aus dem Auftrag an sich entspringt der Schaden niemals, sondern immer nur aus der Vollziehung desselben: der Verlust ist nie eine Folge des Auftrags, sondern stets eine Folge der Ausführung[87]). Ueberläßt der Mandant dem Mandatar die Art der Ausführung und die Modalität der Erfüllung des Auftrags, so handelt der Mandatar, dafern er ordnungsmäßig und der Verkehrssitte entsprechend vorgeht, nicht minder im Interesse und daher auf Gefahr des Auftraggebers, wie wenn er eine gebundene Marschroute erhalten hat und die genaue Weisung vollzieht. Es verhält sich in dieser Beziehung gerade so, wie wenn dem Mandatar die Bestellung eines Substituten gestattet ist: er nimmt

als er dazu auch nur durch ein geringes Versehen Anlaß gegeben hat." § 81: „Doch muß der bloß zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können." Der Sinn dieser Vorschrift ist jedoch streitig. Vergl. Dernburg Preuß. Privatr. II⁴ S. 527. Förster-Eccius II⁴ S. 371. Fischer Lehrb. des preuß. Privatr. S. 449. Kappel S. 39.

86) Das Gegenargument a contrario aus L. 61 § 5 D. cit. (47. 2) ist schon seiner Natur nach sehr bedenklich. Wenn Jemand den Auftrag übernimmt, ein nicht individuell bestimmtes Pferd zu kaufen, so handelt er, dafern er nur bei der Auswahl mit der gehörigen Sorgfalt vorgeht, im Interesse des Mandanten und hat Anspruch auf Schadenersatz, wenn das gekaufte Pferd die in seinem Stalle befindlichen Pferde ansteckt, da auch er justissime allegiren kann, id damnum se non passurum fuisse, si id mandatum non suscepisset. Daß Afrikanus nur von einem Mandat zum Ankauf eines individuell bestimmten Sklaven spricht, erklärt sich ungezwungen daraus, daß er in dieser Stelle Mandat und Depositum gemeinschaftlich und gleichmäßig behandelt: deponiren aber kann man nur eine individuell bestimmte Sache.

87) Dies gegen Koppel S. 26. 38.

die Wahl desselben im Interesse und auf Gefahr des Mandanten vor und haftet nur für culpa in eligendo[88]). Gewiß wäre es in hohem Grade unbillig und in Widerspruch mit der bona fides, wenn der Mandant, der dem Mandatar plein pouvoir gegeben hat, demselben im Fall eines aus der gehörigen Erfüllung entstandenen Schadens zurufen dürfte: „Auch trotz der Uebernahme des Mandates hätte Dich kein Schaden getroffen, wofern Du dasselbe nur anders ausgeführt hättest." Soll der Mandant, der den Auftrag gegeben hat, eine Geschäftsreise nach Paris zu unternehmen, dem unterwegs durch einen Eisenbahnunfall beschädigten Mandatar die frivole Einrede mit Recht entgegensetzen dürfen: „Warum bist Du nicht einen Tag vorher oder nachher, warum nicht auf einer anderen Eisenbahnstrecke, warum nicht mit dem Morgenzug oder dem Abendzug abgereist, wodurch Du dem Unfall entgangen wärst"? Durch eine solche Beschränkung würde die Haftpflicht des Mandanten größtentheils illusorisch, da in den seltensten Fällen genau artikulirte Instruktionen für die Ausführung eines Auftrags gegeben werden (vergl. unten Note 96). Volle Billigung verdient deshalb die Vorschrift des österreichischen Gesetzbuchs, wonach der Auftraggeber „allen durch sein Verschulden entstandenen oder mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen Schaden vergüten muß" (§ 1014)[89]), dagegen aber den Schaden nicht zu ersetzen hat,

---

88) Vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. S. 60. 61

89) Diese anerkennenswerthe Vorschrift (vgl. westgal. Gesetzb. III §§ 113. 114. Martini's Entw. III 4 §§ 12. 13. Horten's Entw. III 16 § 33. Codex Theres. III Cap. XV § VII nr. 88. 89) wird von den österr. Schriftstellern nicht hinreichend gewürdigt; selbst Pfaff Gutachten S. 8 fg. 54 fg. erwähnt diesen Fall einer Haftung ohne Schuld nicht. Der Tadel des § 1015, den Strohal Gutachten S. 151 ausspricht, beruht auf Uebersehen oder Mißverständniß des § 1014: „die in Folge der mit der Ausführung des Auftrages nothwendig verbundenen

welchen „der Gewalthaber bei (Gelegenheit der) Geschäftsführung nur zufälliger Weise leidet" (§ 1015)[90]), wobei natürlich vorauszusetzen ist, daß ihn in diesem Falle nicht etwa ein Verschulden trifft[91]).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergiebt sich, daß es sich hier um ein schwieriges Problem handelt, welches von verschiedenen Gesetzgebungen in verschiedener Weise zu lösen versucht wurde. Wie verhält sich hierzu nun der Deutsche Entwurf? Schweigend: der Entwurf beschäftigt sich mit dieser Frage überhaupt nicht. Die Motive (II S. 541) glauben dies damit rechtfertigen zu können, daß „wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung

---

Gefahren (man denke etwa an die übernommene Transportirung eines Wahnsinnigen in das Irrenhaus, an den mandirten Ankauf eines mit einer ansteckenden Krankheit behafteten Thieres)" trägt nach österr. Recht unzweifelhaft der Mandant, da dies ein mit der Erfüllung des Auftrags („nothwendig", wie es noch ursprünglich in Martini's Entw. hieß) verbundener, ex causa mandati entspringender Schaden ist. — Diese Ersatzpflicht findet auch im Falle der „Entgeltlichkeit" des Mandates statt; so auch nach französ. Recht (Pont I nr. 1116); vergl. auch Mommsen Erörter. II S. 69 Note. 15.

90) Die Bestimmung des § 1015, wonach bei honorarloser Geschäftsführung der Mandatar, der ex occasione mandati zufälliger Weise Schaden erlitten hat, Anspruch auf einen Betrag hat, „welcher ihm bei einem entgeltlichen (Mandats-)Vertrage (§ 1004) zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe gebührt haben würde", ist eine Billigkeitsbestimmung von zweifelhaftem Werth und problematischem Nutzen. Gegen diesen Mittelweg hat sich denn auch in der Gesetzgebungskommission Ehrenberg ausgesprochen, der aber freilich verlangte, daß dem Mandatar der zufällige Schaden stets und voll ersetzt werden solle (Protokolle II S. 50).

91) Vergl. Glück XV S. 315. Mommsen S. 63 Note 7. Der baier. Entw. Art. 703. 493 bestimmt ausdrücklich, daß der Mandant ebenso wie der Dienstherr ersatzpflichtig ist, wenn er den Schaden „vermöge der ihm bekannten besonderen Gefährlichkeit der Dienstleistung voraussehen konnte".

durch das Gesetz nicht gegeben werden kann". Der Entwurf verzichtet hiermit auf die Aufgabe der Gesetzgebung, welche gerade für so schwierige Fragen eine Lösung geben muß, und erklärt sich für insolvent. Woran soll sich nun in Hinkunft der Richter halten? Soll er summa aequitas im Sinn von Accursius und Cujacius walten lassen oder sich an den Ausspruch von Paulus kehren? Das Resultat wird wahrscheinlich sein, daß man „im Geiste der Rechtsordnung" (Entwurf I § 1) und „nach allgemeinen Grundsätzen" sowie nach Analogie der Vorschrift des Entwurfs (I § 622. II § 634) über das Depositum in Theorie und Praxis den Mandanten nur für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden ersatzpflichtig erklären wird (vergl. Motive II S. 609). Hiermit wird in Deutschland aus dem Recht der der Billigkeit entsprechende alte Grundsatz schwinden, daß der Beauftragte durch den Auftrag keinen Schaden leiden soll[91a].

V.

Wie der Verwahrer und der Beauftragte im Interesse des Hinterlegers und des Auftraggebers handelt, so handelt der Gesellschafter, der in Angelegenheiten der Gesellschaft thätig ist, im gemeinschaftlichen Interesse und daher auf gemeinschaftliche Gefahr[92]: die Verluste, die er aus

91 a) Aus diesem Grunde haftet auch der Mandant im Falle des Widerrufs des Mandates, wenn der Mandatar in schuldloser Unkenntniß desselben den Auftrag vollzogen hat: ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum L. 15 D. h. t. (Paul.) § 9 J. mand. (3. 26). Ebenso wenn der Mandatar in schuldloser Unkenntniß des Todes des Mandanten den Auftrag ausgeführt hat: alioquin justa et probabilis ignorantia damnum mihi adferet. Gaj III 160. § 10 J. h. t. (3. 26). L. 26 pr. § 1. L. 58 pr. D. h. t. (Paul.). L. 19 § 3 de donat. 39. 5 (Ulp.). Vergl. Deutsch. Entw. I § 603. II § 605.

92) Vergl. Schirmer in der Zeitschr. f. R. G. X S. 83.

der Geschäftsführung durch dieselbe erleidet, müssen von der Gesellschaft getragen und ihm verhältnißmäßig vergütet werden.

Die römischen Juristen waren auch in dieser Frage verschiedener Meinung[93]). Schließlich aber gelangte eine Ansicht zur Geltung, welche den Socius günstiger behandelt als den Mandatar. Der Socius erhält nämlich nicht bloß den Schaden verhältnißmäßig ersetzt, welcher aus der Geschäftsführung selbst (ex causa gestionis) entspringt und mit derselben in ursächlichem Zusammenhang steht (L. 60 § 1 L. 61 D. pro soc. 17. 2)[94]), sondern auch den Schaden, den er nur bei Gelegenheit der Geschäftsführung (ex occasione gestionis), durch eine außerhalb derselben liegende Ursache (extra causam gestionis) erleidet, somit auch für Verluste, welche nicht der Geschäftsführung resp. dem Auftrag der Gesellschaft zu imputiren, sondern dem Zufall zuzuschreiben sind. L. 52 § 4 D. pro soc. (17. 2)[95]). Den Grund für diese Verschiedenheit der Behandlung hat zwar schon die Glosse in dem jus fraternitatis, in dem brüderlichen Verhältniß, welches zwischen den Gesellschaftern herrscht, zu finden geglaubt. Allein trotz dieser

---

93) Schirmer S. 71 fg.

94) L. 60 § 1 D cit. (Pomponius): Socina cum resisteret communibus aervis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratua est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit . . . . L. 61 (Ulpian.): Secundum Julianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est Vergl. Brinz Pandekt. II § 335 Note 9.

95) In Uebereinstimmung mit dem römischen Recht schreibt das sächsische Gesetzb. § 1376 vor, daß ein Gesellschafter, der „bei Besorgung einer gemeinschaftlichen Angelegenheit durch Zufall einen Schaden erlitten hat, welchen er nicht erlitten haben würde, wenn er die Besorgung nicht übernommen hätte, von den übrigen Gesellschaftern verhältnißmäßigen Ersatz verlangen kann“. Ebenso der dresden. Entw. Art. 784.

Brüderlichkeit braucht doch der Socius den Gewinn nicht herauszugeben, den er nicht ex causa argentaria (L. 52 § 5 D. h. t.), sondern nur nebenher und zufällig bei Gelegenheit der Gestion macht. In der That ist, wie auch Troplong (Commentaire du mandat nr. 657) bemerkt, kein genügender Grund für die ungleiche Behandlung von Socius und Mandatar in dieser Beziehung vorhanden. Manche neuere Gesetzgebungen verweisen denn auch in Ansehung der Ersatzansprüche des Gesellschafters auf die Vorschriften über den Auftrag [96]).

Dennoch behandelt auch der Code civil die beiden Obligationsverhältnisse verschieden, stellt jedoch merkwürdiger Weise im Gegensatz zum römischen Recht den Socius ungünstiger als den Mandatar. Denn während Letzterem auch die Verluste zu ersetzen sind, die er bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet (art. 2000), hat der Socius action contre la société nur à raison des risques inséparables de sa gestion (art. 1852). Die Ersatzpflicht erstreckt sich daher, wie Zachariä (Handb. des französ. Civilr. II[7] § 414 Note 7)

96) So das preuß. Landr. I 17 § 227. Gerade hier aber zeigt sich, wie ungenügend und unbefriedigend die Vorschriften des preuß. Landrechts über die Ersatzansprüche des Mandatars sind (Nr. IV). Wie die Motive (S. 54) zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Preußen (Art. 98) treffend bemerken, ist die Bestimmung des A.L.R. I 17 § 227 „für Handelsgesellschafter (und nicht nur für diese) offenbar nicht passend; derartige bestimmte Vorschriften, wie sie das Gesetz voraussetzt, werden im Verkehr einem Handelsgesellschafter nur in den allerseltensten Fällen ertheilt; meistens empfängt er, wenn überhaupt, nur ganz allgemeine Instruktionen, welche die Ausführung im Einzelnen seinem Ermessen überlassen". — Ebenso das österr. Gesetzb. § 1190: es kommen sonach die Bestimmungen der §§ 1014. 1015 zur Anwendung. — Auch der hessische Entw. Art. 388 verweist in dieser Beziehung auf die Vorschriften über den Auftrag (Art. 288): hiernach erhält der Socius gar nur den Schaden ersetzt, den er durch ein Versehen der übrigen Socii erlitten hat.

bemerkt, im Fall des art. 2000 weiter als die in art. 1852 erwähnte: der Mandatar erhält Entschädigung, wenn er auf der Geschäftsreise beraubt oder (ohne seine Schuld) bestohlen wird, der Socius dagegen nicht[97]). Die Vorschrift des Art. 1852 ist wörtlich aus Pothier (Traité du contrat de la société nr. 128 sq.) entlehnt, der mit dem Ausdruck: risques inséparables de la gestion eben nur Verluste ex causa gestionis bezeichnet. Freilich aber räumt Pothier (vergl. Note 79) auch dem Mandatar nur für Verluste ex causa mandati, nicht auch für Schaden ex occasione mandati Anspruch auf Ersatz ein und stellt hiermit seinerseits die wünschenswerthe Gleichheit von Socius und Mandatar in dieser Beziehung her.

Die Bestimmung des Code civil ist zunächst in den preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches (1847) Art. 98 und von hier aus in das deutsche Handelsgesetzbuch übergegangen. Nach Art. 93 Abs. 1 ist dem Gesellschafter „für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, die Gesellschaft verhaftet". Durch den Zusatz „unzertrennlich" ist ausgesprochen, daß der Socius Ersatz nur für Verluste erhält, welche mit der Geschäftsführung in ursächlichem Zusammenhang und in unmittelbarer (innerer) Verbindung

97) Auch Laurent Principes de droit civil XXVI nr 279 bemerkt, daß der Art. 1852 (im Verhältniß zu Art. 2000) restriktiv ist: „l'associé n'a pas action pour tous les risques qu'il court, il faut que ces risques soient inséparables de la gestion et qu'il ne les ait courus que pour les affaires de la société". Doch fehlt es nicht an französischen Schriftstellern, welche dem Art. 1852 dieselbe Tragweite beilegen, die der Art. 2000 hat. So Troplong Comment. du contrat de société nr. 606. 607. Pont Les petits contrats I nr. 1113 (p. 639). Commentaire — Traité des sociétés civiles et commerciales I nr. 416. 417: Le gérant est fondé à reclamer de la société les dommages ou les pertes qu'il a subis à l'occasion de ces affaires.

stehen (ex causa gestionis), nicht aber für Nachtheile, welche aus einer außerhalb der Geschäftsführung liegenden Ursache (extra causam gestionis) und nur bei Gelegenheit derselben (ex occasione gestionis) entstehen [98]). Dem Gesellschafter ist daher der Schaden zu vergüten, den er auf einer Geschäftsreise durch einen Eisenbahnunfall erleidet [99]), nicht aber der Verlust, den er auf einer Geschäftsreise in eine sonst ungefährliche Gegend durch einen räuberischen Ueberfall erfährt, oder der Aufwand für Heilung einer Krankheit, welche er sich bei Gelegenheit der Besorgung einer Gesellschaftsangelegenheit zugezogen hat. Ob nun in einem konkreten Fall die Gefahr in der Geschäftsführung selbst gelegen war und innerhalb derselben ihren Ursprung hatte, oder ob die Gefahr außerhalb der Geschäftsführung entstanden und mit derselben daher nur in mittelbarer (äußerer, zufälliger) Verbindung gestanden ist, ist quaestio facti [100]).

Der Deutsche Entwurf (I § 639. II § 653) verweist in Ansehung der Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter auf die Vorschriften, welche für den Auftrag gelten. Diese Vorschriften geben aber, wie früher (Nr. IV) bemerkt wurde, über die vorliegende Frage keine Auskunft (vergl. Motive II S. 609). Es hätte sich aber schon im Interesse der wünschenswerthen Uebereinstimmung des allgemeinen Privatrechtes und des Handelsrechtes empfohlen, die betreffende Vorschrift des Handelsgesetzbuches im Entwurf zu

---

98) Vergl. die Protokolle der Nürnberger Konferenz III S. 985. 986. Thöl Handelsrecht I⁵ § 92 Nr. V. Anschütz und Völderndorff Komment. zum Handelsgesetzb. II S. 140: „Die Gesellschaft hat die Verluste dann zu ersetzen, wenn der Kausalnexus zwischen dem Verluste und der Geschäftsführung nachweisbar ist.“ Vergl. auch Behrend Lehrb. des Handelsr. I S. 477.

99) Vergl. Cosak Lehrb. des Handelsr. 2. Aufl. (1893) S. 496.

100) Vergl. Keyßner Allg. deutsches Handelsgesetzb. (1878) S. 89.

reproduziren, wie dies doch selbst das schweizerische Bundesgesetz Art. 537 Abs. 1 gethan hat[101]).

VI.

Wer trägt bei dem sog. Distanzkauf (Waarenbezug aus der Ferne) die Gefahr des Transports? Der Käufer oder der Verkäufer?

Es kommt darauf an, in wessen Interesse die Versendung der Waare geschieht.

Der Verkäufer hat in der Regel an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung resp. seinen Wohnsitz hatte, oder wo die zu übergebende bestimmte Sache sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten befand (vergl. HGB. Art. 324 Abs. 2. Art. 342 Abs. 2): es ist Sache des Käufers, die Waare dort abzuholen. Der Verkäufer kann jedoch die Verpflichtung übernehmen, die Waare nach einem anderen vom Käufer bestimmten Ort zu übersenden. Diese Verpflichtung bildet bei Distanzkäufen eine selbstverständliche Nebenabrede und hiermit einen integrirenden Bestandtheil des Kaufgeschäftes. Der Verkäufer hat die Nebenpflicht[102]), mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Versendung der Waare für den Käufer zu besorgen. Er handelt hierbei statt des Käufers, als dessen (in der Regel stiller) Stellver-

101) Haberstich Handb. des schweiz. Obl.R. II S. 357 interpretirt diesen Artikel richtig dahin, daß es sich um solche Verluste oder Gefahren handelt, welche unmittelbar durch die Geschäftsführung verursacht sind und mit ihr in nachweisbarem Kausalzusammenhange stehen. Schneider Komment. ad art. 537 Nr. 4 geht dagegen (wohl mit Unrecht) viel weiter, indem er Uebereinstimmung dieser Vorschrift mit dem röm. Rechte annimmt und dem Gesellschafter Anspruch auf Ersatz rein zufälligen Schadens giebt.

102) Vergl. Cosak Lehrb. des Handelsrechts 2. Aufl. S. 147 fg.

treter, und besorgt hiermit ein Geschäft des Käufers. Die Versendung der Waare erfolgt sonach im Auftrag[103]) und im Interesse des Käufers und daher auf seine Gefahr. In solchen Fällen erfüllt der Verkäufer auf Wunsch und Verlangen des Käufers an einem anderen Ort, als an welchem zu erfüllen er gesetzlich verpflichtet ist: es ist daher nur billig, daß der Käufer Kosten und Gefahr dieser lediglich in seinem Interesse stattfindenden Veränderung des Erfüllungsortes trage[104]).

Hat der Verkäufer dagegen verabredetermaßen an dem Ort zu liefern, wohin der Transport geschieht, so ist er an diesem Ort zu erfüllen vertragsmäßig verpflichtet. Versendet der Verkäufer die Waare an diesen Ort, so besorgt er hiermit sein Geschäft: es ist seine Sache und sein Interesse, die Waare an den Ort zu bringen, wo sie zu liefern ist: die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transport betroffen wird, muß daher er tragen[105]). (Vergl. HGB. Art. 325 Abs. 1.)

In dieser der Natur der Sache (**natura rei**, wie es in

---

103) Ein selbständiges kündbares Mandat ist hier aber allerdings nicht vorhanden, sondern eine dem Kaufgeschäft integrirende Betrauung des Verkäufers mit der Aufgabe, den Transport für den Käufer zu besorgen. Vgl. Thöl Handelsr. I § 261 Nr. 2. Anschütz und Völderndorff II S. 280 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II § 58 Nr. 2.

104) Zu demselben Resultate gelangen, jedoch mittelst einer anderen Auffassung (sog. Lieferungs- oder Erfüllungstheorie), auf dem Boden des gemeinen Rechts Ihering in diesen Jahrb. IV S. 366 fg. insbes. S. 428 fg. und Windscheid II § 389 Note 16. § 390 Note 8; daselbst auch Literaturangaben über die bunte Menge von Meinungen. Vgl. auch Karlowa in Grünhut's Zeitschr. XVI S. 442. 443, der von einem „Beginn der Erfüllung" am Versendungsort spricht: in der That findet am Versendungsort weder Erfüllung noch Beginn der Erfüllung statt, sondern erfüllt wird am Destinationsort.

105) Vgl. Anschütz und Völderndorff III S. 289.

L. 16 D. de furt. 47. 2 heißt) und dem Bedürfniß des kaufmännischen Verkehrs entsprechenden Weise regelt die bekanntlich sehr bestrittene Frage der Transportgefahr der Code de commerce (art. 100)[106]) und in Uebereinstimmung mit demselben das deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 344. 345)[107]). Es ist ein Verdienst der Verfasser des deutschen Handelsgesetzbuches, daß sie die obligationenrechtliche Frage des Ueberganges der Gefahr von der sachenrechtlichen Frage des Ueberganges von Eigenthum an übersendeten Waaren gänzlich losgelöst[108]) und den von der älteren Jurisprudenz aufgestellten und in einige neuere Gesetzgebungen [preuß. Landr. I 11 §§ 128—134[109]), österr. Gesetzb. § 429[110]), sächs. Ge-

106) La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient.

107) Ob sich in diesem Sinne ein gemeines Gewohnheitsrecht gebildet hat, ist streitig (vgl. Stobbe Deutsches Privatr. II § 184 Note 5. Dernburg Preuß. Privatr. II § 138 Note 3. Karlowa in Grünhut's Zeitschr. XVI S. 442; dagegen jedoch u. A. Hanausek Die Haftung des Verkäufers I S. 107), auf dem hier eingenommenen Standpunkt jedoch irrelevant.

108) Vergl. die Protokolle der Nürnberger Konferenz II S. 632 fg. und insbes. III S. 1375 fg. Goldschmidt Handelsr. I 2 S. 621 Note 16. S. 635 fg. Anschütz und Völderndorff II S. 283 fg. Ebenso schon das Zürcher. Gesetzb. § 1444; ferner das schweiz. Bundesgef. Art. 203. 204 (vergl. insbes. Schneider Komment. ad art. 204 Nr. 1 und Haberstich Handb. I S. 253. 297 fg. II S. 21) ferner Dresdener Entw. Art. 430.

109) Vergl. Gruchot Beiträge IX S. 392 fg. Dernburg Preuß. Privatr. I § 239 (der in diesem Falle Eigenthumsübergang ohne Besitzübergang annimmt).

110) Vergl. Unger Der revidirte Entw. des sächs. Gesetzb. S. 103 fg. Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 146 fg. Hofmann Ueber das Periculum beim Kauf S. 70 fg. Randa Besitz 3. Aufl. S. 366. 367. Eigenthumsr. I[3] S. 327 fg. Burckhard System des österr. Privatr. III 1 S. 46. Mit Unrecht will Pfersche Oesterr. Sachenrecht I (1893) S. 142 fg. „die Ausnahme des § 429 einschränkend" dahin inter-

setzb. § 204 [111])] übergegangenen Satz nicht aufgenommen haben, daß durch die Uebergabe der Waare zum Transport (Versendung) die Tradition an den Käufer vollzogen werde [112]).

Der Deutsche Entwurf (I § 465. II § 388 [113]) ist mit Recht dem Handelsgesetzbuch gefolgt: es werden mithin

---

pretiren, daß (Besitz und) Eigenthum nur dann übergeht, wenn der Ueberbringer (die Mittelsperson) in Folge der Anordnung des Adressaten wirklich als dessen zur Empfangnahme für ihn bestellter Vertreter erscheinen kann. Aus den Protokollen (edit. Ofner) I S. 279 geht dagegen klar hervor, daß die Verfasser des Gesetzbuchs die Bestimmungen des preuß. Landrechts in ihrem vollen Umfange recipiren wollten, und daß „die Waare für übergeben zu halten sei, sobald sie von dem Schiffer oder Fuhrmann übernommen worden ist, wovon der Grund eben in der durch Gewohnheit gegründeten stillschweigenden Genehmigung dessen, dem die Waare übersendet wird, liege". Nach der Auffassung von Pfersche würden die Absender von Waaren in den allermeisten Fällen die Gefahr des Transports tragen müssen. Daß es sich aber bei der Vorschrift des § 429 in erster Linie um den Gefahrübergang und nur zu diesem Ende um den Eigenthumsübergang handelt, entnimmt man aus einer Bemerkung von Pratobevero in den Protokollen II S. 526. Vgl. auch Ihering Geist II[4] 2 § 41 Note 515 a. E. Es ist auch ein verfehltes Bemühen von Pfersche, den Eigenthumsübergang im Fall des § 429 auf „die gesetzliche Vermuthung eines constitutum possessorium" zurückzuführen (so nun auch Horten in den Jurist. Bl. 1894 Nr. 4): über und gegen diese „äußerst künstliche und durchaus unzulässige Fiktion" vergl. Goldschmidt Handelsr. I 2 S. 630 fg. — Die österr. Konk.-Ordn. vom 25. Dez. 1868 §§ 26. 27 enthält eine empfindliche Lücke, indem sie dem Verkäufer einer unbezahlten Waare, welche erst nach Eröffnung des Konkurses in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt, ein Absonderungsrecht (Separationsrecht) nicht zugesteht, wie ihm ein solches schon das A. L. R. I 11 § 134 und nunmehr der „schneidige" § 36 der deutschen Konk.-Ordn. vom 10. Febr. 1877 gewährt: die entsprechende Bestimmung des Referentenentwurfs (§ 41; vgl. Koserer Komment. zur K.O. S. 67. 68 Anmerk.) scheint vor den Augen des damals bestehenden Staatsraths keine Gnade gefunden zu haben.

111) Vergl. Grützmann Lehrb. des sächs. Privatr. I S. 241 fg.

112) Vergl. Goldschmidt Handelsr. I 2 S. 617 fg.

113) Vergl. die (gut gearbeiteten) Motive II S. 326 fg. und die Zusammenstellung II S. 232. In zweiter Lesung wurde die Fassung dieser Vorschrift verbessert.

auf dem Boden des allgemeinen bürgerlichen Rechtes in Ansehung der Frage, wer die Gefahr der Sache auf dem Transport zu tragen hat, die gleichen Normen gelten wie auf dem Boden des Handelsrechtes. Es ist jedoch zu bedauern, daß die von Laband (im civ. Arch. LXXIV S. 317. 318) urgirte Aufnahme der in Art. 345 Abs. 2 HGB. aufgestellten Interpretationsregel, wonach aus der Uebernahme der Versendungskosten für sich allein noch nicht auf die Uebernahme der Transportgefahr zu schließen ist[114]), auch bei der zweiten Lesung nicht stattgefunden hat. Es wäre dies um so gebotener gewesen, als z. B. in der Schweiz dieser Schluß in der That gezogen und durch die Berufung auf die Handelsusance gerechtfertigt wird (vergl. Zürich. Gesetzb. § 1444 Abs. 2)[115]).

VII.

Eine Anzeige, welche Jemandem in seinem Interesse zu machen ist, ergeht auf seine Gefahr: geht die Anzeige verloren oder langt sie verspätet ein, so trifft der Nachtheil den Adressaten.

Hierher gehören folgende Fälle:

1) Wenn der Oblat die Erklärung der Annahme der Offerte rechtzeitig absendet, so darf er sich der Erwartung hingeben, daß dieselbe rechtzeitig bei dem Offerenten anlangt und der Vertrag zu Stande kommt. Die Rücksicht auf die bona

114) Vergl. Hahn Komment. II ad art. 345 § 10.

115) „Ist aber Frankolieferung verabredet, so ist im Zweifel anzunehmen, der Verkäufer habe wie die Kosten so die Gefahr des Transportes übernommen". Bluntschli Komment. ad § 1444 Nr. 2 motivirt dies „mit der allgemein bestehenden Handelsübung". In Art. 204 des schweiz. Bundesges. findet sich diese Bestimmung zwar nicht ausdrücklich, sie wird aber als „selbstverständlich" angenommen. Schneider Komment. ad Art. 204 Nr. 3.

fides im Verkehr erfordert, daß der Offerent, wenn die Erklärung der Annahme erkennbarermaßen verspätet eintrifft, den Absender hiervon unverzüglich unterrichtet und ihm hierdurch bekannt giebt, daß der Vertrag nicht zu Stande gekommen sei. HGB. Art. 319 Abs. 2. Deutscher Entwurf I § 85. II § 122. Diese Anzeige erfolgt lediglich im Interesse des Oblaten, der dadurch vor den Nachtheilen bewahrt werden soll, die aus seiner irrigen Voraussetzung entstehen: die Gefahr des Nichteintreffens oder des verspäteten Eintreffens der abgesandten Anzeige trifft daher den Oblaten (Motive I S. 171)[116]).

2) Unter gewissen Voraussetzungen ist Jemand, dem ein Auftrag gegeben wird, verpflichtet, falls er denselben nicht übernehmen will, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. So nach Art. 323 HGB. der Kaufmann, der mit dem Mandanten in Geschäftsverbindung steht oder sich gegen denselben zur Ausführung solcher Aufträge erboten hat. Ebenso nach den meisten neueren Gesetzgebungen und nunmehr auch nach dem Deutschen Entwurf I § 587. II § 594[117]) Derjenige, der sich öffentlich oder dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat. Die Pflicht zur Anzeige der Ablehnung hat ihren Grund in der billigen Rücksicht für den Auftraggeber, der unter solchen Umständen im Fall des Schweigens zu der Annahme berechtigt ist, daß der Beauftragte den Auftrag übernommen habe[118]). Die

116) Vergl. Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 439. Gareis und Fuchsberger Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch S. 676 Nr. 327.

117) Vergl. Motive II S. 530 und den Bericht in Conrad's Jahrb. LIX S. 582.

118) Mit Recht schreiben daher die meisten neueren Gesetzgebungen vor, daß ein unter diesen Umständen nicht sofort abgelehnter Antrag als angenommen gilt. So das preuß. Landr. I 13 §§ 13—16 (Dernburg

Anzeige erfolgt somit im Interesse und zur Aufklärung des Mandanten und deshalb auf seine Gefahr[118]).

3) Im Distanzhandel hat der Käufer thunlichst bald nach der Ablieferung die Waare zu untersuchen, und wenn sich die-

---

Preuß. Privatrecht II⁴ S. 519); das zürich. Gesetzb. § 1159; das sächs. Gesetzb. § 1298; das schweiz. Bundesges. Art. 393 (Schneider Komment. ad Art. 393. Haberstich Handb. II S. 203); ferner der bair. Entw. Art. 689 Abs. 2 und der dresdener Entw. Art. 690 Abs. 2 (Motive S. 210). Nur das österr. Gesetzb. § 1003 erblickt hieriu keine stillschweigende Annahme des Auftrags und läßt den Beauftragten, der die Anzeigepflicht verletzt, blaß auf das negative Vertragsinteresse haften. Wie diese Bestimmung in die Schlußredaktian des bürg. Gesetzb. gerathen ist, läßt sich nicht ermitteln. Ursprünglich war in der Sitzung vom 11. März 1805 eine (im westgal. Gesetzb. noch fehlende) Vorschrift von Zeiller beantragt warden, wonach solche Mandatare im Falle unterlassener Anzeige der Ablehnung sa zu betrachten sein, „als hätten sie den Auftrag ausdrücklich angenommen" (Pratakolle II S. 45, vgl. S. 564). Auch noch in dem Revisionsentwurfe § 994 (Protokalle II S. 770) hieß es so: „vermuthete Annahme". An die in praktischer Hinsicht gewiß nicht zu billigende Bestimmung des österr. Gesetzb. hat sich der Deutsche Entwurf angeschlossen (vgl. Motive II S. 530). Dies ist wohl um so weniger zu billigen, als doch der Deutsche Entwurf I § 85. II § 222 im Falle der unterlassenen Auzeige des verspäteten Eintreffens einer Annahmeerklärung den Vertrag zu Stande kommen läßt, sich alsa nicht (wie unpassender Weise das schweiz. Bundesges. Art. 5 Abs. 2) mit einer Pflicht zum Schadenersatz begnügt, wozu die Motive I S. 171 mit Recht bemerken: „Die Folge der Unterlassung der Benachrichtigung würde an sich sein, daß der Antragende den durch seine Pflichtverletzung erwachsenen Schaden zu ersetzen habe. Allein damit ist dem Verkehre nicht gedient." Vgl. auch Gierke Der Entwurf § 249 Anm. 3, der mit Recht bemerkt, daß es keine „Fiktion" ist, wie die Motive meinen, welche hier wieder mit den beliebten „allgemeinen Grundsätzen" operiren, wenn das Schweigen als Annahme gilt, wo das Reden im Falle der Ablehnung Pflicht war. Laband im civ. Arch. LXXIV S. 326 billigt dagegen das auch in zweiter Lesung beibehaltene Präjudiz einer bloßen Ersatzpflicht.

118a) Es findet hiernach eine Ausnahme van der Regel (Deutsch. Entw. I § 74. II § 107) statt, daß eine Willenserklärung (im varliegenden Falle eine Dissenserklärung) nur wirksam wird, wenn sie dem Anerklärten zugeht.

selbe als nicht vertragsmäßig oder nicht gesetzmäßig herausstellt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen, widrigens „die Waare als genehmigt gilt", HGB. Art. 347. Man ist in Theorie[119]) und Praxis[120]) darüber einig, daß die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt, um dem Käufer die Rechte wegen Nichtempfangbarkeit zu wahren, daß also die rechtzeitig abgesendete Anzeige auf Gefahr des Verkäufers reist, den der Verlust oder die Verspätung des Moniturbriefs trifft. Worin liegt nun der innere Grund für diese Vertheilung der Gefahr, welche man gewöhnlich in rein exegetischer Weise aus Art. 349 Abs. 3 (vergl. Art. 386 Abs. 3) ableitet, indem man sich auf den Wortlaut desselben („Absendung der Anzeige") stützt[121]), wobei aber sofort wieder die Frage entsteht, warum denn der Wortlaut so lautet? Der Grund ist in der Ratio enthalten, auf welcher die Belastung des Käufers mit der Aufgabe sofortiger Untersuchung und rechtzeitiger Anzeige beruht. „Der Verkäufer darf billiger Weise in nicht allzu langer Zeit darüber Gewißheit erwarten, ob der Käufer die gelieferte Waare behalten will oder nicht,

---

119) Vergl. Thöl, Handelsr. I⁵ § 278 I 3. Hahn Komment. II² S. 307. Keyßner Allg. deutsches H.G.B. ad Art. 347 Nr. 29. Gareis Das Stellen zur Disposition (1870) S. 119. 120 und in Endemann's Hand. II S. 711 Nr. 3. Hanausek Die Haftung des Verkäufers II S. 15 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II⁴ § 146 Note 5. 16.

120) Entsch. des R.O.H.G. XIX Nr. 52 S. 153 fg. Entsch. d. R.G. v. 23. März 1880 (in der Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 571. 572). Entsch. des O.Tr. Berlin v. 5. Mai 1868 (in der Zeitschr. f. Handelsr. XXIV S. 277).

121) Vollends reine Buchstabeninterpretation ist es, wenn das Note 120 angeführte Erkenntniß des Berliner O.Trib. den Satz, daß der Verkäufer die Gefahr der Anzeige zu tragen habe, aus den Worten: „Anzeige zu machen" in Art. 347 Abs. 1 ableiten will. Vergl. dagegen auch Hanausek II S. 16 Note 33 a. E.

theils um in der Lage zu sein, noch zeitig anderweitig über sie verfügen zu können, theils weil durch Ablauf einer längeren Zeit ihm der Beweis, daß die Waare in vertragsmäßigem Zustande geliefert sei, erschwert und bei veränderlicher Waare vielleicht unmöglich gemacht werden würde" (Motive zum preuß. Entw. eines HGB. S. 141). „Das Bedürfniß besteht vor allem darin, schnell zu wissen, ob ein einzelnes Geschäft in Ordnung gehe, um hiernach seine Dispositionen weiter treffen zu können" (Protokolle der Nürnberger Konferenz. II S. 645). Die Anzeige findet sonach im Interesse des Verkäufers statt, um demselben möglichst bald Klarheit über die Situation zu verschaffen und ihn in den Stand zu setzen, sich auf alle Eventualitäten vorzubereiten, welche aus der Unempfangbarkeit der Waaren entstehen können: die Anzeige muß deshalb auf seine Gefahr gehen. Unzureichend ist die Bemerkung von Hahn (Komment. II² S. 307), daß sich diese Regelung der Gefahr „aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt": diese Motivirung ist viel zu unbestimmt und farblos. Unzutreffend ist es ferner, wenn Hanausek (II S. 15. 16) hierin „einen Ausnahmesatz" von der Regel erblickt, daß eine einseitige Willenserklärung nur dann und erst dann rechtswirksam ist, wenn sie demjenigen, an den sie gerichtet wurde, zugekommen ist. Denn die Anzeige der Mangelhaftigkeit einer Waare ist weder „eine einseitige Willenserklärung" (Hanausek II S. 4)[122], noch überhaupt die Erklärung eines Willens, sondern die Mittheilung eines Befundes, die Bekanntgebung eines Thatbestandes: sie ist ebenso wie die Anzeige des verspäteten Eintreffens einer Annahmeerklärung (HGB. Art. 319 Abs. 2)

122) Gareis in Endemann's Handb. II S. 697. 711 spricht von einer in der Anzeige liegenden „Willenserklärung". Vergl. dagegen Hanausek II S. 4 Note 4.

lediglich die Benachrichtigung von einer juristisch relevanten Thatsache. An sich liegt in einer Rüge nur der Ausspruch eines Urtheils (Mißbilligung), nicht die Erklärung eines Willens. Auch ein sicherer Schluß auf den Willen läßt sich aus der Erstattung einer Rügeanzeige (Reklamation) nicht ziehen, da dem Käufer immer noch offen bleibt, zu erklären, ob er die beanstandete Waare behalten wolle oder nicht, ob er Redhibition oder Preisminderung verlangen wolle[123]).

4) Aus dem gleichen Grunde reist die Notifikation eines levirten Wechselprotestes auf Gefahr des regreßpflichtigen Vormanns. WO. Art. 45. 46[124]).

VIII.

Wer trägt den Schaden, wenn ein gefälschter oder ein verfälschter Check[125]) von dem Bezogenen eingelöst

---

123) Vergl. Gareis und Fuchsberger Das allgem. deutsche Handelsges. (1891) S. 741 Nr. 146.

124) Vergl. Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. § 105 Nr. 4. Ebenso verhält es sich nach österr. Recht in den Fällen des § 1405 a. b. G. B., wonach der Assignatar, der die erhaltene Anweisung nicht annehmen will, dem Assignanten ohne Verzug davon Nachricht geben will, desgleichen wenn die Assignation nicht angenommen wird oder dem Assignaten wegen seiner Abwesenheit nicht vorgezeigt werden kann: die Benachrichtigung erfolgt auf Gefahr des Assignanten, in dessen Interesse sie geschieht (Protokolle II S. 242. 243).

125) Ueber das in neuerer Zeit vielbesprochene Checkwesen vergl. insbesondere Georg Cohn in Endemann's Handb. III S. 1135 fg. und in Conrad's Handwörterb. der Staatswissensch. II s. h. v. S. 814 fg. (eine lichtvolle übersichtliche Darstellung); daselbst S. 829 fg. und im Handb. III S. 1135 Note 1 die umfangreiche Literatur, welche auch von Kapp in der Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 325 Note 1 und von Kuhlenbeck Der Check 1890 S. 214 fg. (vergl. über diese Schrift Rießer in der Zeitschr. für Handelsr. XL S. 597 fg. Freund in Grünhut's Zeitschr. XIX S. 473 fg.) verzeichnet wird. Die erste deutsche Abhandlung über das Checkwesen von Mittermaier in der Zeitschr. f. Handelsr.

wird? Der Aussteller des Checks oder die zahlungleistende Bank?[126])

Die herrschende Meinung in Theorie[127]) und Praxis[128]) geht dahin, daß die einlösende Bank den Schaden zu tragen hat, wenn die Unterschrift des Ausstellers unecht ist (fal-

---

X (1868) S. 1 fg. ist immer noch lesenswerth. — Die im Text behandelte Frage wird unter den mir (leider nur in geringer Zahl) zugänglichen englischen und amerikanischen Schriftstellern am ausführlichsten und klarsten behandelt in dem großen Werke von Daniel A Treatise on the Law of negotiable Instruments (3. edit. Newyork 1886) II p. 665 sq. (Forgeries of checks), p. 671 sq. (Alterations of checks after issue). Die Ausführungen von Leone Levi International Commercial Law II ² p. 489 sind in diesem Punkte ungenügend.

126) Wenn die Banken, wie dies häufig geschieht, durch spezielle Abmachungen mit ihren Kunden oder in bindenden Reglements über das Tragen der Gefahr Bestimmungen treffen, so sind diese natürlich in erster Linie maßgebend (vergl. Czelechowsky in den Jurist. Bl. 1881 S. 249). Doch sind solche Bestimmungen oft nicht hinreichend klar und präzis gefaßt und geben zu Zweifeln über den Umfang der Fälle Anlaß, für welche die Gefahr von dem Aussteller übernommen wird.

127) Cohn in Endemann's Handb. III S. 1053. 1165. 1166. Funk Ueber die rechtliche Natur des Checks 1878 (ein schlichter trefflicher Vortrag) S. 27. Das Questionnaire über ein österr. Checkgesetz (1880) S. 35 (Frage 31). Bunzl Material zu einem Checkgesetz (1880) S. 41. Leonhardt Die gesetzliche Begründung des Checksystems (1881) S. 29. Kapp in der Zeitschr. f. Handelsr. XXX (1885) S. 373. 374. Kuhlenbeck S. 128 fg. Cosak Lehrb. d. Handelsr. 2. Aufl. S. 324. — Lyon-Caen und Renault Précis de droit commercial I nr. 1361. — Daniel II p. 665 sq. — A. M. Hanausek Der Check im Giroverkehr S. 35 fg., indem er sich mit Unrecht auf § 1012 a. b. G.B. beruft: in diesem § wird von der actio mandati directa gehandelt, während es sich hier um die actio mandati contraria (§ 1014) handelt.

128) Cohn in Conrad's Staatswörterb. II S. 325 lit. o theilt jedoch ein Erkenntniß des Civiltribunals von Lyon v. 26. Jan. 1889 mit, welches das Prinzip ausspricht, daß die Bank, die ohne Fahrlässigkeit und sans opposition auf einen falschen Check zahlt, den Betrag des Checks ihrem Kunden (dem Aussteller) zur Last stellen (débiter) darf.

scher, gefälschter Check, forged check)[129]). Gewiß mit Recht. Worin liegt aber der Grund dafür? Man führt dies gewöhnlich darauf zurück, daß die zahlende Bank die Handschrift des Ausstellers kennen muß: a bank is bound to know the handwriting of a depositor who draws a check upon it[130]). Dieser Grund ist jedoch nicht ausreichend. Allerdings muß die bezogene Bank die Handschrift des Ausstellers, mit dem sie in Geschäftsverbindung steht, kennen, und zu diesem Ende läßt sie in der Regel vor Eröffnung des Checkverkehrs ihren Kunden (customer), der der zukünftige Aussteller von Checks ist, seine Unterschrift und die Unterschrift der zur Zeichnung seines Namens resp. seiner Firma berechtigten Personen sich vorlegen und bei sich hinterlegen[131]), um dieselbe mit der Unterschrift auf dem ausgestellten Check vergleichen zu können. Unterläßt die bezogene Bank vor der Einlösung des präsentirten Checks die sorgfältige Vergleichung der Originalhandschrift, so verletzt sie ihre mandatsmäßige Sorgfalt und muß die Folgen ihrer Fahrlässigkeit tragen[132]). Wie aber, wenn trotz aller Sorgfalt die Fälschung der Handschrift nicht zu erkennen war, wenn also die Bank nicht ein Opfer

129) Auf die Frage einzugehen, ob und wie lange die einen falschen Check einlösende Bank auch von einem redlichen Präsentanten und Leistungsempfänger das Gezahlte mit einer condictio sine causa zurückfordern kann (vergl. Funk Die rechtliche Natur S. 27. 28 und insbes. Daniel II p. 667. 668), ist hier kein Anlaß.

130) Daniel II p. 666. Ebenso Cohn in Endemann's Handbuch III S. 1165.

131) Vergl. Cohn in der Zeitschr. für vergleichende R. W. III. S. 78.

132) Vergl. Lyon-Caen I. Nr. 1361 Note 3. Die in Note 135 angeführte Entscheidung des O.L.G. Celle nimmt dagegen eine solche Pflicht des Bezogenen, vor Zahlung des Checks die äußerlich unverdächtige Unterschrift des Ausstellers mit einer echten Unterschrift des Checkbuchinhabers zu vergleichen, nicht an.

ihrer Unkenntniß oder ihrer Fahrlässigkeit, sondern ein Opfer der täuschenden Nachahmung der Unterschrift, des geschickten Betruges ist? Der Grund dafür, daß die bezogene Bank die Unterschrift des Ausstellers auf ihre Gefahr prüft und auf ihre Gefahr den unechten Check einlöst, liegt in Folgendem. Die Bank übernimmt in dem fundamentalen Checkvertrag[133] (convention préalable), den sie mit ihrem Kunden schließt und der sich gewöhnlich als Nebenvertrag an ein Depositengeschäft oder an ein Kontokorrentverhältniß anschließt, die generelle Verpflichtung, die mittelst Checks ertheilten Zahlungsaufträge ihres Kunden auszuführen. Auf Grund dieses allgemeinen Zahlungsmandates ist die Bank verpflichtet und berechtigt, die einzelnen mittelst Checks gegebenen Zahlungsmandate des Kontoinhabers zu vollziehen und auf Grund des betreffenden Spezialmandates Zahlung zu leisten[134]. Wird nun die Unterschrift des ausstellungsberechtigten Kontoinhabers gefälscht, so ist im gegebenen Fall ein spezieller Zahlungsauftrag gar nicht vorhanden: die Bank zahlt nicht auf Grund einer wirklichen Zahlungsanweisung, sondern auf den falschen Schein einer solchen[134a]. Die Bank zahlt somit außerhalb ihres Generalmandates: der Verlust, den sie erleidet, entsteht extra causam mandati (ex occasione mandati) und muß daher von ihr getragen werden (oben Nr. IV).

---

133) Vergl. Cohn in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. III S. 75 fg. 81 fg. in Endemann's Handb. III S. 1147 fg. und in Conrad's Staatswörterb. II S. 814. 815. Vergl. auch Simonson im Archiv für bürgerl. Recht VI S. 353. 354.

134) Vergl. Kapp in der Zeitschr. für Handelsr. XXX S. 372 fg.

134a) Ebenso in dem oft erzählten englischen Fall, in welchem der Aussteller einen von ihm ausgefüllten Check zerriß und die Stücke wegwarf, welche ein dritter Unberechtigter aufhob und zusammenklebte und hierauf den derart restituirten Check der bezogenen Bank präsentirte, welche ihn einlöste.

Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß den Bankkunden nicht etwa der Vorwurf trifft, daß er durch sein mandatwidriges Verhalten den Schaden der zahlungleistenden Bank mittelbar verschuldet hat [135]). Ist der Checkbuchinhaber in der Aufbewahrung desselben fahrlässig, oder versäumt er es, die Bank von dem Verlust des Checkbuchs (Carnet) sofort nach Wahrnehmung desselben in Kenntniß zu setzen, so verletzt er hiermit seine mandatmäßige Pflicht und muß den Verlust tragen, der aus der vorwurfsfreien Einlösung des gefälschten Checks entsteht [136]).

Die Frage, wen die Gefahr der Einlösung eines Checks trifft, welcher zwar die echte Unterschrift des Ausstellungsberechtigten trägt, aber in seinem Inhalt gefälscht ist (verfälschter Check, altered check), läßt sich leicht beantworten, wenn den Aussteller oder die zahlende Bank ein Verschulden

135) Die Verpflichlung, die Checkformulare sorgfältig aufzubewahren und im Fall eines Verlustes die Bank rechtzeitig zu benachrichtigen, pflegt in dem Uebereinkommen der Bank mit ihren Girokunden denselben ausdrücklich auferlegt zu werden. (Vergl. die Bestimmungen für den Giroverkehr der österr. ungar. Bank XIII 12 und dazu Bubenik Die Technik des Giroverkehrs der österr. ungar. Bank 1888 S. 74 fg. 82 fg. 88 fg.). Es ist jedoch unrichtig, wenn Cohn in Endemann's Handb. III S. 1053. 1166 (dem Kuhlenbeck S. 133 fg. hierin beistimmt) meint, daß eine solche Verpflichtung ohne besonderen „Nebenvertrag" nicht besteht: dieselbe ergibt sich vielmehr ganz von selbst aus der Natur des Mandats als eines bonae fidei negotium (§ 28 J. de act. 4. 6 L. 2 § 3 L. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7). Dies hat mit Recht und mit treffender Motivirung auch die Entscheidung des O.L. G. Celle v. 18. Nov. 1886 (mitgetheilt im Auszug in der Zeitschr. für Handelsr. XXXV S. 262. 268 und in extenso bei Kuhlenbeck S. 210 fg.) angenommen. Vergl. auch Lyon-Caen I Nr. 1361.

136) Sind sowohl Aussteller als einlösende Bank im Verschulden, so finden die Grundsätze Anwendung, welche überhaupt bei konkurrirendem Verschulden gelten. Vergl. Unger Handeln auf eigene Gefahr S. 3 Note 4. Ueber Deutsch. Entw. II § 217 vergl. jetzt insbes. Endemann in der Note 83a angef. Schrift S. 74 fg.

trifft. Hat der Aussteller bei der Ausfüllung des Checks die sachgemäßen oder vorgeschriebenen Kautelen zur Verhütung von Fälschungen nicht beobachtet und dadurch die Verfälschung ermöglicht[137]), so trägt er den Schaden; ist die Bank bei der Einlösung des Checks nicht mit der vollen mandatmäßigen Sorgfalt vorgegangen[138]), so trägt sie den Schaden. Wie aber, wenn keinen Theil ein Vorwurf trifft? Der herrschenden Meinung zufolge trägt in einem solchen Falle die einlösende Bank die Gefahr und den Verlust[139]). Ich vermag nicht

137) Die allgemeine Regel ist, daß der Aussteller die Zahlungsanweisung in a businesslike manner d. h. so auszufüllen hat, daß Verfälschungen möglichst vorgebeugt werde. Zumeist aber werden in dem Uebereinkommen der Bank mit ihrem Girokunden besondere Abreden über die Art der Ausfüllung der Checkblankets getroffen. (Vergl. die Bestimmungen der österr. ungar. Bank für den Giroverkehr XIII 12 Abs. 2. Ueber die Gründe, aus welchen die häufig in Gebrauch stehende Schutzmaßregel der Anbringung einer Zahlenreihe an der rechten Seite des Checks und der Abtrennung der den Betrag der angewiesenen Summe übersteigenden Zahlen nicht beliebt wurde, vergl. Bubenik S. 89. 90).

138) So wenn eine Bank einen korrigirten oder mit Zusätzen versehenen Check ohne vorhergehende Anfrage bei dem Aussteller einlöst. Vergl. die Bestimmungen für den Giroverkehr der österr. ungar. Bank XIII 11 Alin. 7.

139) Vergl. die in Note 127 angeführten Schriftsteller, insbesondere Daniel II p. 671 sq. In der englisch-amerikanischen Judikatur wurde wiederholt der Satz ausgesprochen: If, unfortunately, the banker pays money belonging to the customer upon an order which is not genuine, he must suffer; and to justify the payment he must show that the order is genuine, not in signature only, but in every respect. Vergl. jedoch Note 147. Daniel II p. 671 sucht dies damit zu rechtfertigen, daß der Zahlungsauftrag sich eben nur auf den original amount bezieht und darüber hinaus kein Auftrag besteht, daher die Bank das ultra mandatum Bezahlte dem Aussteller nicht in Rechnung stellen kann. Hiermit scheint jedoch nicht in Einklang zu stehen, daß nach der Ansicht dieses Schriftstellers (II p. 595) der Aussteller eines Checks, dem derselbe vor der Emission gestohlen wurde oder sonst abhanden kam, der Bank, welche denselben bona fide eingelöst hat, Ersatz leisten muß, obgleich a check must be issued (begeben), before it is binding. Ueber verwandte Fälle solchen

diese Meinung zu theilen und bin vielmehr der Ansicht, daß der Aussteller Gefahr und Verlust zu tragen hat [140]). In dem Checkvertrage übernimmt in der Regel eine Bank die generelle Verpflichtung, die auf sie ordnungsmäßig gezogenen und zur Zahlung präsentirten Checks ohne vorhergegangenes Aviso [141]) sofort (bei Sicht) einzulösen. Der Aussteller des Checks braucht somit die Bank nicht davon zu benachrichtigen, daß er einen Check emittirt hat und auf wen und auf welche Summe er denselben ausgestellt hat. Durch den Wegfall eines solchen Avis wird die Bequemlichkeit des Ausstellers in der Verfügung über sein Guthaben in beliebigen Theilbeträgen (sog. Zerstückelungsbefugniß) und die Leichtigkeit, Zahlungen durch die Bank zu leisten, bedeutend erhöht und somit der Vortheil, welchen das Checkwesen dem Kontoinhaber gewährt [142]), beträchtlich vergrößert. Dagegen wird die Situation der einlösungspflichtigen Bank hierdurch wesentlich verschlimmert, indem sie bei dem Mangel eines Avisos, welches

Handelns auf eigene Gefahr vergl. Unger S. 127. 128. Ebenso handelt der Geber eines Checks auf eigene Gefahr, wenn er dem Nehmer des Checks die richtige Ausfüllung desselben anvertraut.

140) Dieser Ansicht ist auch Hanausek S. 37 fg., jedoch aus dem Note 127 angegebenen unstichhaltigen Grunde.

141) Vergl. Funk Die rechtliche Natur des Checks S. 13. Cohn in der Zeitschr. für vergleichende R. W. III S. 77.

142) Die Institution des Checks besteht überwiegend im Interesse des Kontoinhabers, dem die Bank durch Einlösung des Checks einen Geschäftsdienst erweist, wofür sie keine Provision bezieht, indem sie ihren Vortheil indirekt in der Steigerung des Anreizes zur Deponirung von Geldern findet, deren Verwendung in eigenem Nutzen ihr gestattet ist. Vergl. Koch in dem Gutachten für den 17. deutschen Juristentag (Verhandl. I S. 2). Ursprünglich mußten bei der ersten in Venedig angeblich 1156 gegründeten Girobank die Parteien gleichzeitig persönlich erscheinen, um die Abschreibungen und Zuschreibungen vornehmen zu lassen, wodurch allerdings die Gelegenheit zu Fälschungen abgeschnitten war. Vergl. Hübner Die Banken 1854 S. 63.

als „Warnungsbrief" dienen würde[143]), der Gefahr ausgesetzt ist, einen entstellten Zahlungsauftrag auszuführen und einen verfälschten Check zu honoriren[144]): unter der Bequemlichkeit des Verkehres leidet die Sicherheit desselben. Der Checkvertrag enthält somit einen mit besonderen Gefahren verbundenen allgemeinen Zahlungsauftrag. Die mit der Besorgung eines Auftrages „unzertrennlich" verbundenen und ex causa mandati (hier des fundamentalen Generalmandates) entspringenden Gefahren muß der Mandant tragen, nicht der Mandatar, der aus dem Auftrag keinen Schaden leiden soll (oben Nr. IV). Hat der Aussteller den Vortheil, daß die bezogene Bank ohne vorausgegangenes Aviso den präsentirten Check zu honoriren verpflichtet ist, so muß er auch die damit verbundenen Nachtheile tragen: will er es unterlassen, die bezogene Bank von Fall zu Fall vorher zu informiren, so geschieht dies eben auf seine Gefahr[145]). Daraus folgt, daß der Aussteller im Fall der vorwurfsfrei (in good faith and without negligence) erfolgten Einlösung eines verfälschten Checks die von der bezogenen Bank geleistete Zahlung gegen sich gelten lassen und der einlösenden Bank die gezahlte Summe ersetzen muß: alioquin justa et probabilis ignorantia damnum ei adferet (Gaj. III 160.

143) Thöl Wechselrecht § 70.

144) Auf diesen Umstand, daß die bezogene Bank den präsentirten Check sofort ohne avertissement du tireur bezahlen muß, stützt sich auch Lyon-Caen 1 nr. 1361, um die Anwendbarkeit der wechselrechtlichen Vorschrift des Art. 145 Cod. de commerce (Celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré) auf Zahlung eines echten Checks an einen zum Empfang nicht Berechtigten abzuleiten.

145) Auch in dem Note 139 a. E. erwähnten Falle würde die Bank durch rechtzeitige Benachrichtigung vor der Auszahlung des unrichtigen Betrages bewahrt bleiben: für die einlösende Bank vermag es aber keinen Unterschied zu machen, ob die Veränderung der Summe durch Vertrauensmißbrauch oder durch Verfälschung erfolgt ist.

§ 10 J. mand. 3. 26)[146]. Diese Ersatzpflicht findet statt, mag nun die Verfälschung die Person des Assignatars[147]) oder die Summe betreffen, welche ausbezahlt werden soll[148]).

146) Man möchte vielleicht einwenden, daß die Ableitung der Ersatzpflicht des Ausstellers im Fall der Einlösung eines verfälschten Checks aus der verkehrsüblichen Unterlassung der Avisirung der bezogenen Bank konsequenterweise dahin führen müßte, den Kontainhaber auch die Gefahr der Einlösung eines falschen (unechten) Checks tragen zu lassen. Der Avisirung resp. der Unterlassung derselben kann jedoch in letzterem Falle nicht die gleiche Bedeutung und Wirkung zugeschrieben werden, weil auch der Avisbrief falsch (unecht) sein kann, in welchem Falle doch wieder die einlösende Bank den Schaden zu tragen hätte. Eine der bezogenen Bank direkt zugehende Avisirung wäre sonach eine wirksame Kautel gegen die Einlösung eines verfälschten, nicht auch eines falschen Checks: der Aussteller muß daher die Gefahren tragen, denen ein von ihm ausgestellter (echter) Check bei seiner Wanderung durch fremde Hände ausgesetzt ist, während die Ausstellung eines (falschen) Checks auf seinen Namen durch einen unberechtigten Dritten nicht auf seine Gefahr gehen kann: man ist für sein eigenes Kind verantwortlich, nicht für ein unterschobenes Kind.

147) Ein Rektacheck wird in einen Ordre- oder Inhabercheck, ein Ordrecheck in einen Inhabercheck verfälscht. — Nach englischem Recht trifft, wenn eine Fälschung in Ansehung des stattgefundenen crossing (Sperren) eines Checks verübt wurde, den Aussteller der Schaden, wenn die bezogene Bank in good faith and without negligence gezahlt hat. Bills of exchange Act 1882 sect. 79 nr. 2 alin. 2. (Dieses Gesetz findet sich abgedruckt bei Koch Ueber Bedürfniß und Inhalt eines Checkgesetzes 1883 S. 32 fg.) — Ueber Zweck, Arten und Form des sog. crossing vergl. Birnbaum in der Zeitschr. für Handelsr. XXX S. 21 fg. Cohn in Endemann's Handb. III S. 116 fg. — Darüber wird wohl kein Zweifel bestehen, daß die einen Ordrecheck einlösende Bank die Echtheit der Indossamente nicht zu prüfen verpflichtet ist (vgl. Art. 36 W. O. Funk Questiannaire S. 35): die Gefahren der Negotiabilität müssen Jene tragen, in deren Interesse das Papier cirkulationsfähig ist.

148) Kuhlenbeck S. 129 meint, daß es „nicht nur dem juristischen Logiker, sondern auch dem uninteressirten Rechtsgefühl einfach und natürlich erscheinen muß", daß im Fall der Fälschung der Summe auf einem echten Check die vorwurfsfrei einlösende Bank und nicht der Aussteller den Schaden zu tragen habe. Das Rechtsgefühl ist ein dunkles Element: das Urtheil, welches das Rechtsgefühl diktirt, ist ein anti-

Das Resultat ist somit — abgesehen von Fällen eines Verschuldens — folgendes: einen falschen Check löst die bezogene Bank auf eigene Gefahr ein, einen verfälschten Check zahlt sie auf fremde Gefahr (auf Gefahr des Ausstellers)[149].

Es ließen sich wohl noch andere Fälle auffinden, in welchen ein Handeln auf fremde Gefahr stattfindet. Es

---

zipirtes Urtheil, dessen Entscheidungsgründe unter der Schwelle des Bewußtseins liegen, eine Art Judikatur des Unbewußten. Mir nun sagt mein Rechtsgefühl, daß in dem fraglichen Fall der Aussteller den Verlust zu tragen habe und ich bin um so mehr geneigt, auf diese Stimme zu hören, als ich bei einer Bank ein Konto habe und ein Checkbuch besitze, so daß das egoistische Interesse mich vielmehr bestimmen müßte, der Bank die Gefahr der Zahlung eines von mir ausgestellten Checks, der hinterher verfälscht wurde, aufzuladen.

149) Eine andere Frage ist es, ob der Gesetzgeber sich nicht aus rechtspolitischen Gründen bestimmt finden mag, um die Banken bei Einlösung von Checks zur äußersten Sorgfalt und Wachsamkeit zu nöthigen und mißliche Prozesse darüber abzuschneiden, in ein Checkgesetz die rein positive Vorschrift aufzunehmen, daß auch die einen verfälschten Check einlösende Bank dies auf ihre Gefahr thue und den Verlust zu tragen habe, dafern sie nicht im Stande sei, ein Verschulden des Ausstellers nachzuweisen. Motivirt doch auch Daniel II p. 673 die amerikanische Rechtsprechung (Note 139) mit der mehr legislativpolitischen als juristischen Bemerkung: „The lesson of caution and prudence on the part of the bank can not be too well learned or too closely followed". Der Gesetzgeber, der eine solche Vorschrift erläßt, sollte sich aber dessen bewußt sein, daß er hiermit utilitatis causa eine Bestimmung contra rationem aequitatis trifft und müßte sich dann aus naheliegenden Gründen wohl noch zu dem weiteren Schritte entschließen, ein Uebereinkommen, wodurch die Gefahr der Einlösung eines unechten oder verfälschten Checks von der Bank auf den Kontoinhaber überwälzt werden soll (ein Sichherausziehen der Bank aus dem Gesetz — to contract out, wie es in der englischen Rechtssprache heißt) für nichtig zu erklären.

läßt sich jedoch schon aus dem Gesagten mit genügender Sicherheit die Existenz des Billigkeitsprinzips erkennen: eigenes Interesse, eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr. Dieses Prinzip der Aequitas hat schon im römischen Recht gegolten und verdient im modernen Recht weitere Verwerthung und allgemeinere Anwendung zu finden.

Nur in scheinbarem Widerspruch mit diesem Prinzipe steht, daß im Fall gerichtlicher Hinterlegung der Schuldner in seinem Interesse und dennoch auf Gefahr des Gläubigers handelt[150]) (HGB. Art. 343 Abs. 1. WO. Art. 40. Preuß. Landr. I 16 § 228. Oesterr. Gesetzb. § 1425. Schweizer. Bundesges. Art. 107. 759). Die gerichtliche Deposition ist ein Surrogat der Erfüllung, welche nicht in regelrechter Weise unter Mitwirkung des Gläubigers durch Entgegennahme der Leistung erfolgen kann. Der Schuldner wird durch gerichtliche Hinterlegung (wenngleich nicht immer sofort definitiv) ebenso befreit, wie durch unmittelbare Leistung an den Gläubiger (L. 9 C. de solut. 8.42 [43]): dieser muß daher die Gefahr des deponirten Schuldgegenstandes ebenso tragen, wie im Fall normaler Erfüllung.

150) Vergl. Czyhlarz in Grünhut's Zeitschr. VI S. 65 fg. 672 fg. 675 fg.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena — 1255